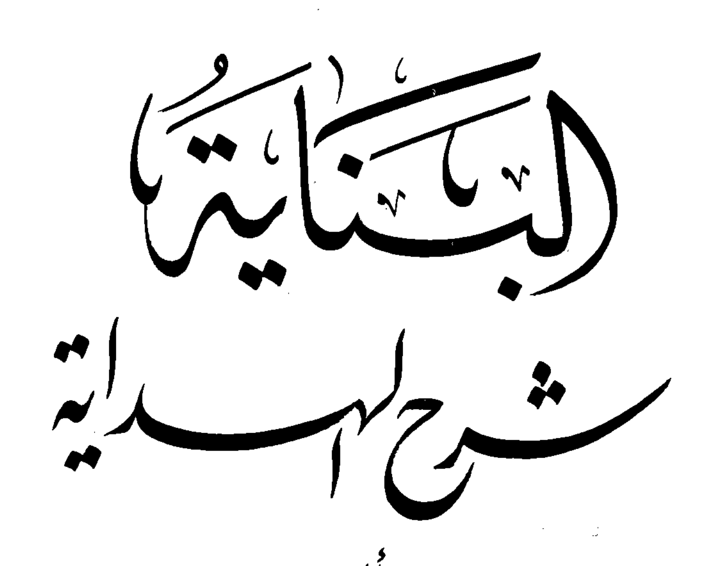


البناية شرح الهداية

تأليف

محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين

المعروف ببدر الدين العيني الحنفي

المتوفى سنة ٨٥٥ هـ

تحقيق

أيمن صالح شعبان

مدير مركز تحقيق النصوص

الجزء الخامس

منشورات

محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م

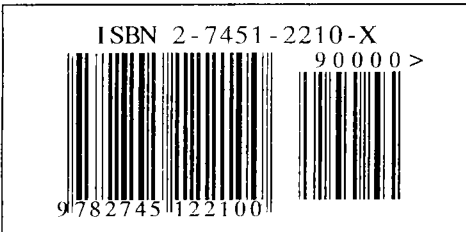
دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف - شارع البحتري - بناية ملكارت
هاتف و فاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٣٧٨٥٤١ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق البريد : ١١ - ٩٤٢٤ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH
Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif,Bohtory st.,Melkart bldg., 1st Floor
Tel + Fax : 00 (961 1) -378541 - 366135 - 364398
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon



ISBN 2-7451-2210-X

http://www.al-ilmiyah.com.lb/
e-mail : sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com

كتاب النكاح

م: (كتاب : النكاح)

ش: أي هذا الكتاب في بيان أحكام النكاح . وقال الكاكي : النكاح لغة الجمع والضم ، ومن أمثال العرب : أنكحنا الفرى فسنرى ، أي جمعنا بين حمار الوحشي الذكور والإناث فننظر ما يتولد منهما ، فضرب مثلاً لقوم يجتمعون على الأمر لا يدرون ما يصدر عنه . وحكى المبرد من البصريين عن الكوفيين أنه عبارة عن الجمع والضم ، ويستعمل فى الوطء لوجود الضم ، ويستعمل في العقد مجازًا . قال الله تعالى : ﴿ فانكحوهن بإذن أهلهن ﴾ (النساء : الآية ٢٥) . وقال الله تعالى : ﴿ وأنكحوا الأيامى منكم ﴾ (النور : الآية ٣٢) ، والعقد موقوف على الإذن ، ووطء الأيامى من بناتهن وأخواتهن حرام عليهم . وفي «شرح قاضي خان» : النكاح في اللغة والشرع حقيقة في الوطء مجاز في العقد . وقال الشافعي : إنه في الشرع عبارة عن العقد ، لأنه تعالى حيثما ذكره في القرآن أراد به العقد ، وهذا لا يصح ، لأنه تعالى قال : ﴿الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة﴾ (النور : الآية ٣) . وقال الله تعالى : ﴿ حتى إذا بلغوا النكاح ﴾ (النساء : الآية ٦) أراد به الوطء بالإجماع ، وفي « شرح الأسبيجابي » النكاح لغة : الجمع المطلق ، وشرعًا : العقد بشرائطه . وقال فخر الإسلام: النكاح العقد الشرعي ، ويذكر ويراد به الوطء ، ثم قيل : إنه حقيقة فيهما لوجود معنى الضم فيهما . وقال فخر الإسلام : النكاح العقد الشرعي ، والأصح أنه حقيقة في الوطء خاصة ، لوجود معنى الضم فيه حقيقة ، ولا يجوز أن يكون حقيقة في العقد ؛ لأنه يؤدي إلى الاشتراك ، وهو خلاف الأصل ، وعليه فحول أهل اللغة .

وفي «المبسوط» : النكاح لغة الوطء ، ومنه قول الفرزدق :

التاركين على طهر نساءهم والناكحين بشط دجلة البقرا

يهجو بذلك قومًا ، وقال ﷺ : « ناكح البهيمة ملعون » ، قال المطرزي : ثم قيل للتزويج نكاح لأنه سبب ، ولما فرغ من بيان العبادات شرع في المعاملات ؛ لأنها تالية لها إذ بها بقاء العابد ووجود العبادة ، والبقاء بالكسب الحلال ، والكسب الحلال يتوقف على معرفة المعاملات ، ثم قدم النكاح وما يتبعه على سائر المعاملات ، لأن فيه معنى العبادة فإن النكاح سنة الأنبياء والمرسلين ، وفيه تحصيل نصف الدين ، وقد تواترت الأخبار والآثار في توعد من رغب عنه وتحريض من رغب فيه ، قال ﷺ : « النكاح من سنتي فمن لم يعمل بسنتي فليس مني .....» [1] الحديث .

---

(١) ضعيف : رواه ابن ماجة (١/ ٥٩٢) ، [١٨٩٦] ، عن عيسى بن ميمون عن القاسم عن عائشة . . . مرفوعًا ، وفيه عيسى بن ميمون ضعيف .

وزاد ابن ماجة من رواية موسى بن ميمون عن القاسم عن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ : « **الدنيا متاع وخير متاع الدنيا المرأة الصالحة** » ، رواه مسلم والنسائي وابن ماجة من حديث عبد الله بن عمر ، وقال ﷺ لعكاف بن وداعة : «**لك أربع سنن من المرسلين : الحياء ، والتعطر، والسواك ، والنكاح**»[1] . رواه الترمذي من حديث أبي أيوب عن النبي ﷺ . وقال الترمذي : حسن غريب .

وقال عليه السلام لعكاف بن وداعة : « **هل لك زوجة ؟** » ، **قال : لا قال** : «**ولا جارية**» **قال : لا قال** : «**وأنت موسر**» **قال : وأنا موسر**، قال : «**أنت إذاً من إخوان الشياطين إن سنتنا النكاح ، شراركم عُزَّابكم**»[2] .

هكذا نقله السروجي ، ثم قال : رواه أحمد بن حنبل وابن عبد البر ، وذكره جار الله في «الفائق» ، وزاد : « **فإن كنت من رهبان النصارى ، فالحق بهم ، وإن كنت منا فسنتنا النكاح** »، انتهى .

قلت : نقله شيخنا زين الدين العراقي في شرحه للترمذي ، وقال : وجدت عكافًا، رواه أبو جعفر العقيلي في كتابه «الضعفاء» بإسناده إلى عطية بن بشر الهلالي عن عكاف بن وداعة الهلالي أنه أتى النبي ﷺ فقال : « يا عكاف لك امرأة؟ »، قال : لا ، قال : «فجارية؟» ، قال : لا ، قال : «وأنت صحيح موسر؟» ، قال : نعم ، قال : «فأنت إذًا من إخوان الشياطين إن كنت من رهبان النصارى فالحق بهم ، وإن كنت منا فسنتنا النكاح » [. . . . .] والذي نفسي بيده ما للشياطين سلاح أبلغ . وقال بعضهم : أنفذ في الصالحين من الرجال والنساء من ترك النكاح ، وابن وداعة أنهم صواحب أيوب وداود ويوسف وكرسف ، قال : بأبي يا رسول الله وما كرسف ؟ ، فقال : « رجل عبد الله على ساحل البحر خمسمائة عام» .

---

(1) **ضعيف** : رواه الترمذي في « النكاح» [١٠٨٠] عن الحجاج عن مكحول عن أبي الشمال عن أبي أيوب . . . مرفوعًا . ورواه عن عباد بن العوام عن مكحول عن أبي الشمال عن أبي أيوب . ثم قال : وروى هذا الحديث هشيم ومحمد بن يزيد الواسطي وأبو معاوية وغير واحد عن الحجاج عن مكحول ، عن أبي أيوب ، ولم يذكروا فيه عن أبي الشمال ، وحديث حفص بن غياث ، وعباد بن العوام أصح .

قلت: وأبو الشمال مجهول كما صرح بذلك الحافظ .

(2) **ضعيف** : رواه أحمد (٥/ ١٦٣) ، وفيه : « شراركم عزابكم ، وأراذل موتاكم عزابكم أبالشيطان تمرسون ؟ (هكذا اللفظ) ما للشيطان من سلاح أبلغ في الصالحين من النساء . . . » وذكر كلامًا آخر . اهـ. وإسناده ضعيف فيه محمد بن راشد وهو متكلم فيه ، وفيه مبهم وهو شيخ مكحول فيه ، فإنه قال عن رجل وفيه عن عكاف بن بشر التميمي – وهو اسم الصحابي- بخلاف ما ورد في بقية الروايات .

وقال بعضهم : ثلاثمائة عام يقوم الليل ويصوم النهار ، فمرت به امرأة فأعجبته فتبعها وترك عبادة ربه وكفر بالله فتداركه الله عز وجل لما سلف فتاب عليه ، فقال : بأبي أنت وأمي زوجني يا رسول الله ﷺ ، قال : قل زوجتك باسم الله والبركة زينب بنت كلثوم الحميرية .

وقال القاضي : عكاف بن وداعة الهلالي أمره النبي ﷺ بالزواج ، والحديث قوي ، ثم قال شيخنا زين الدين : رواه أحمد في «مسنده» ، قال : حدثنا عبد الرزاق أنبأنا محمد بن راشد ، عن مكحول ، عن رجل عن أبي ذر قال : دخل على رسول الله ﷺ رجل اسمه عكاف بن بشر التميمي فقال النبي ﷺ : « هل لك من زوجة ؟ »، وساق الحديث بكماله ، وروى البيهقي في حديث أبي أمامة قال : قال رسول الله ﷺ: « تزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم ، ولا تكونوا كرهبانية النصارى » .

وروى ابن عدي في «الكامل» من حديث أبي هريرة -رضي الله عنه - قال : لو لم يبق من أجلي إلا يومًا واحدًا لقيت الله تعالى بزوجة فإني سمعت رسول الله ﷺ : يقول« شراركم عزابكم» [(١)] ، وروى البغوي في «معجم الصحابة» من حديث أبي نجيح ، قال : قال رسول الله ﷺ : « **من قدر على أن ينكح فلم ينكح فليس منا** » [(٢)] .

وابن نجيح هذا ذكره البغوي وابن عبد البر في الصحابة ، وروى الطبراني من حديث ابن موسى قال : قال رسول الله ﷺ : « **تزوجوا فإن التزوج خير من عبادة ألف سنة** ».

قلت : ذكره صاحب «الفردوس» .

بهذه الأحاديث أخذت الظاهرية ، حيث قالوا : النكاح فرض عين حتى أن من قدر على الوطء ، والإنفاق يأثم بتركه ، واختلف أصحابهم فقيل : فرض كفاية وبه قال بعض أصحاب الشافعي .

وقيل : مستحب وبه قال بعض أصحاب الشافعي . وقيل : سنة مؤكدة ، وقال بعضهم : واجب على الكفاية . وفي « المبسوط » : النكاح سنة مستحب في قول جمهور العلماء .

وفي « المحيط» سنة مؤكدة . وفي «المنافع» قوله : من قال : إنه فرض كفاية عند المتأخرين من مشايخنا ، وقيل : هو قول الكرخي . وفي «البدائع» : النكاح فرض حالة التوقان وخوف

(١) رواه ابن عدي في الكامل (٣/ ٤٣) ، في ترجمة خالد بن إسماعيل أبو الوليد المخزومي ، وقال : يضع الحديث على ثقات المسلمين .

(٢) رواه الدارمي (٢/ ١٧٧) ، في «النكاح» [٢١٦٤] عن ابن جريج عن أبي المغلس عن أبي نجيح . وأبو المغلس مجهول ، وعنعن عنه ابن جريج وهو مدلس .

قال : النكاح ينعقد بالإيجاب والقبول بلفظين يُعبر بهما عن الماضي ؛لأن الصيغة وإن كانت للإخبار وضعاً فقد جعلت للإنشاء شرعاً

الوقوع في الزنا بلا خلاف .

وفي « المبسوط » : لا يسعه تركه حينئذ . وقال النسفي : النكاح سنة ، يعني في حال الاعتدال ، وعند التوقان يجب ، وهو غلبة الشهوة ، وقالوا : حالة الجور مكروه ، لأنه لا يظهر المصالح المطلوبة من النكاح في حالة الجور .

فإن قلت : روي عن حذيفة -رضي الله عنه- قال : إذا كان سنة خمس ومائة فلأن يربي أحدكم جروًا كلبًا خير له من أن يربي ولد المرء ، وروي أيضًا : خيركم الذي لا أهل له ولا ولد .

قلت : قال ابن حزم : وهما موضوعان ؛ لأنهما من رواية أبي عاصم ، رواه الجراح العسقلاني ، لا يحتج به ، وبيان وضعهما أنه لو استعمل الناس ما فيهما من ترك النسل لبطل الإسلام والجهاد والدين ، وغلب أهل الكفر ، فيظهر رده بلا شك ، انتهى كلامه .

م: (**قال : النكاح ينعقد بالإيجاب والقبول**) ش: أراد به أن النكاح ينعقد بالعقد الشرعي الذي يوجب حل المرأة بنفسه ، وإنما قيد بنفسه احترازًا عن البيع ، فإنه يوجب حلها بواسطة ملك الرقبة والعقد والربط ، يقال : عقد الحبل إذا ضم أحد طرفيه بالآخر وهي العقدة ، ومنها عقدة النكاح والربط . والانعقاد مطاوعة ليصير كلام أحد العاقدين منضمًا إلى الآخر حكمًا ، ويحصل تركيب شرعي له آثار مخصوصة عند وجود الشرائط ، وأراد بالإيجاب إخراج الممكن من الإمكان إلى الوجود على ما هو المعروف عند المتكلمين ، لا الإيجاب الذي يعاقب بتركه .

وقولنا : زوجت وتزوجت آلة انعقاده ، وقوله : ينعقد بالإيجاب إشارة إلى هذا لأن الباء تدخل على الآلة كما يقال : قطعت بالسكين وكتبت بالقلم ، وكذا قولهم : البيع ينعقد بكذا ، يعنون به العقد الشرعي الذي يوجب الملك في المحل .

م: (**بلفظين**) ش: قيد باللفظين ليخرج الكتابة ، فإنه لو كتب رجل على شيء لامرأة زوجيني نفسك ، فكتبت المرأة على ذلك الشيء عقيبه زوجت نفسي منك ، لا ينعقد النكاح وبه قال الشافعي ومالك وأحمد .

م: (**يعبر بهما**) ش: أي يبين بهما لأن التعبير والعبارة البيان م: (**عن الماضي**) ش: أي عن صيغة الفعل الماضي بأن تقول المرأة : زوجت نفسي منك ، ويقول الرجل : قبلت م: (**لأن الصيغة وإن كانت للإخبار وضعًا**) ش: أي للإخبار في أصل الوضع ، لأن الإخبار إظهار ما كان أو سيكون لا لإثبات ما لم يكن . لأن قولك أقمت لا يوجب القيام . وكذلك قولك : تزوجت لا يثبت التزويج وضعًا ولغة م: (**فقد جعلت**) ش: أي الصيغة . م: (**للإنشاء شرعًا**) ش: أي من حيث الشرع : لأن الإنشاء إثبات أمر لم يكن .

دفعاً للحاجة . وينعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل مثل أن يقول : زوجني فتقول : زوجتك ، لأن هذا توكيل بالنكاح .

وإنما جعلت م: (**إنشاء دفعًا للحاجة**) ش: لأن الحاجة كانت متحققة في الجاهلية ، وكانت لهم أنكحة مقدرة ، قال ﷺ : « **ولدت من نكاح ولم أولد من سفاح** »(١) ، فقدرها الشارع ، وإنما اختير لفظ الماضي للإنشاء ؛ لأنه يقتضي سبق الوجود ، فيكون أدل على الوجود فصار الوجود حقًا له ، والفرق بين الإنشاء والإخبار أن الإنشاء سبب لمدلوله وليس الإخبار سببًا لمدلوله ، ولأن الإنشاء يتبعه مدلوله ، والإخبار يتبع المدلول، ولأن الإنشاء لا يحتمل التصديق والتكذيب ، والإخبار يحتملهما .

م: (**وينعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضي والآخر عن المستقبل**) ش: قال الإمام حميد الدين : ينظر الانعقاد بالماضي والمستقبل ؛ مثل أن يقول الرجل : إني تزوجت وقالت المرأة زوجت نفسي منك ، قد صح النكاح ، ويكون بلفظ المستقبل تبعًا للماضي ، وما ورد في الكتاب مثل قوله :

م: (**مثل أن يقول**) ش: أي الرجل م: (**زوجني فتقول**) ش: أي المرأة م: (**زوجتك**) ش: قال حميد الدين : قيل : إنه غير صحيح ؛ لأن قوله : - زوجني - توكيل ، فلا يكون معطى العقد، قال والنظير الواضح ما قلنا .

ويجاب: بأن الواحد يتولى طرفي العقد في النكاح دون البيع وهو معنى قوله : م: (**لأن هذا**) ش: أي قوله زوجني م: (**توكيل بالنكاح**) ش: والولي الواحد يتولي طرفي النكاح على ما نبينه إن شاء الله تعالى . والحاصل أن قوله - زوجتك - بمنزلة الإيجاب والقبول ، والتوكيل بمنزلة التحصين ، والواحد يتولى طرفي العقد في النكاح ، لكن قوله - زوجتك - لا يكون بمنزلة شطري العقد ، إلا بقوله : زوجني ؛ لأن به يصير وكيلاً، فصار كأنه شطر العقد استحسانًا .

والفرق بين النكاح والبيع أن الحقوق في البيع تتعلق بالوكيل ، والوكيل بالنكاح ليس كذلك لأنه لا يطالب بتسليم المهر ولا غيره ، وفي «شرح الأسبيجابي» : قدرة الزوج على الرد يفضي إلى الإضرار بها وإلحاق العار والشنار ، بقبيلتها ؛ لأنهم إذا أوجبوا العقد عند قوله : -زوجني - بأن قال الولي : زوجتك مثلاً لو لم يتم العقد بهذا جاز للزوج أن يرجع ويلحق بالولي عار وشنار وهذا لا يجوز ، لأنه يقال: زوجها ابنه فلم يقبله بخلاف البيع حيث لا عار في رده ، وكذا لو قال الزوج : جئتك لتزوجني ابنتك، فقالت ابنة الرجل قد زوجتك صح النكاح ولزم ، وكذا لو قال لامرأة : أتزوجك على ألف درهم ، فقالت : قد تزوجتك على ذلك صح ، لأن النكاح لا يحصره اليوم . وفي «خزانة الأكمل» : أتزوجك بكذا ،أو أخطبك على كذا ، فقالت: قد زوجتك نفسي صح ، وهو استحسان ، بخلاف البيع والخلع ، ذكره السرخسي .

---

(١) انظر « تلخيص الحبير » (٣/ ١٧٣) ، إرواء الغليل (٦/ ٣٢٩) .

....

وفي« المرغيناني »: ينعقد بقوله: زوجتك ويقول الآخر قبلت ، أو قال : أتزوجك فقالت قد قبلت ، ولو قال : خطبتك بألف فقالت زوجت نفسي منك كان نكاحًا . وفي الخبر المروي عن أبي حنيفة قال زوجني ابنتك ، فقالت : قد تزوجتك صح ، قال: قد زوجتك بنتي بألف ، فقال: قبلت ، وسكت عن المهر صح ، وإن قال قبلت ولا أقبل المهر لا يصح ، لأنه رد ، وعن أبي حفص الكبير يصح ، لأن المال في النكاح تبع . وقال المرغيناني : قال: زوجني ابنتك فقال : ارفعها وانصبها حيث شئت بحضرة الشهود لا ينعقد .

وقال الإمام محمد بن الفضل : ينعقد قال : زوجت ابنتي ولم يزد على هذا أبو الصغير فقبلت يقع للأب ، إلا أن يقول: قبلت لابني وهذا يدل على أن من قال : بعت هذا فقال الآخر : قبلت أو اشتريت صح ، وإن لم يقل: إن منك إذا كان منهما مقدمات البيع ، قالت : تزوجتك على كذا إن أجاز أبي أو رضي فقال : قبلت لا يصح ، ولو كان أبوها حاضرًا يسمع فقال : أجزت أو رضيت جاز ، ولو قالت: زوجت نفسي منك فقال : قبلت جاز .

وفي «الذخيرة»: صرت امرأة لي، فقالت : نعم ، أو صرت ، اختار المشايخ أنه ينعقد ، وفي « جوامع الفقه »: لو قال : هذه زوجتي بحضرة الشهود لا يصح على المختار قضاء ويصح بينه وبين الله . ولو قال : تزوجتك إن رضيت أو رضي فلان وهو في المجلس فقالت : رضيت أو قال: رضيت جاز .

وفي « القنية» : [لو] قام أحد الزوجين قبل القبول بطل ، وفي بطلان البيع روايتان ، وفي «البدائع» : والقول في القبول ليس بشرط عندنا خلافًا للشافعي . له بنت واحدة وقال زوجتك بنتي صح ، وإن كان له بنتان لم يصح تزوج حاضرة منتقبة لم يعرفها الشهود ولم يذكروا اسمها ونسبها يجوز إلا عند البصري ، له بنت واحدة اسمها فاطمة فقال : زوجتك بنتي عائشة لم يصح إلا أن يقول: عائشة هذه ، لأن الاسم لغو في المشار إليها .تزوج وامرأة في بيت فقبلت ، وليس معها غيرها فسمعوا كلامها صح، وإن كان معها غيرها لم يصح إلا إذا عرفوا كلامها ، سميت في الصغر، وفي الكبر باسم زوجت بالأشرف .

قالت : زوجت نفسي بعد انقضاء عدتي لا يصح ، وكما لا يصح تعليق النكاح بالشرط لا يجوز إضافته إلى وقت مستقبل . له بنتان أيم وذات زوج، فقال : زوجتك بنتي ولم يسمها صح زوجت نفسها منه فلم يقبل شيئًا بل دفع إليه المهر في المجلس فهو قبول . قال برهان الدين السمرقندي ، وبرهان الدين صاحب «المحيط» . وقال القاضي بديع الدين: لا ينعقد . قال لامرأة: السلام عليك يا زوجتي، فقالت : السلام عليك يا زوجي ، لا ينعقد .

ذكر علي السعدي : ويصح نكاح الهازل والملاعب وبه قال ابن حنبل وهو المشهور من

مذهب مالك ذكره في «الذخيرة» ، قال ﷺ : « **ثلاث هزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة** » (1) رواه الترمذي ، وهو حجة على الشافعي في النكاح .

قلت : رواه أبو داود أيضًا وفيه أن طلاق الهازل ونكاحه ورجعته مؤاخذ به ، ولا يلتفت إلى قوله كنت هازلاً ولا يدين أيضًا فيما بينه وبين الله عز وجل . وقد ذهب بعض المالكية إلى أن نكاح الهازل غير صحيح ، فقال علي بن زياد منهم : لا يجوز نكاح هزل ولا لعب ، ويفسخ قبل البناء وبعده ، وعن ابن القاسم نجزه ، وقال أبو بكر ابن اللباد منهم : إنه صحيح لازم .

قال شيخنا زين الدين : وهو قول عامة العلماء ، وروي ذلك عن ابن مسعود ، وعطاء ، وهو قول أبي جعفر ، والشافعي .

م: (**وينعقد**) ش: أي النكاح م: (**بلفظ النكاح**) ش: بأن يقول : انكحني ، فيقول : نكحتك ، وفي بعض النسخ بلفظ الإنكاح بأن يقول : أنكحني ابنتك فيقول : أنكحتك م: (**والتزويج**) ش: أي وبلفظ التزويج عن تزوجني فيقول : تزوجتك .

م: (**والهبة**) ش: أي وبلفظ الهبة ، بأن يقول : هبي لي نفسك ، فتقول : وهبت ، أو يقول لأبيها : هب لي ابنتك ، فيقول : وهبت م: (**والتمليك**) ش: أي وبلفظ التملك بأن يقول : ملكني بنتك ، فيقول : ملكت .

م: (**والصدقة**) ش: أي وبلفظ الصدقة بأن يقول : تصدقي لي بنفسك ، فتقول : تصدقت ، وبهذا كله قال مجاهد والثوري والحسن بن صالح ومالك وأبو ثور وأبو عبيد وداود .

وفي «المبسوط» و«المحيط» : الألفاظ التي ينعقد بها النكاح نوعان : صريح وكناية ، فالصريح : لفظ النكاح والتزويج عرفًا وشرعًا وكناية ثلاثة أنواع : ما ينعقد به ، وما لا ينعقد به وما اختلف فيه .

أما الأول : فالتمليك والهبة والصدقة وغيرها .

والثاني : وهو ما لا ينعقد به الإحلال والإباحة والتمتع والخلع والإقالة والإجازة بالرأي والرضى والشركة والإعارة والكتابة والولاء والإيداع .

والثالث : ما اختلفوا فيه البيع والشراء ولو قالت : بعتك نفسي أو قال الأب : بعتك ابنتي بكذا ، أو قال الرجل : اشتريتك بكذا ، فأجابت بنعم ، فقد اختلف فيه المشايخ ، وكان أبو القاسم

(1) رواه الترمذي [١١٨٤] ، أبو داود [٢١٩٤] ، ابن ماجة [٢٠٣٩] ، عن عبد الرحمن بن حبيب ابن أردل عن عطاء بن أبي رباح عن يوسف بن ماهك عن أبي هريرة مرفوعًا . وفيه عبد الرحمن بن أردل وهو لين الحديث ، وللحديث شواهد يستقر المعنى بها وقد وقع في بعض الطرق العتاق بدل الرجعة .

وقال الشافعي -رحمه الله- : لا ينعقد إلا بلفظ النكاح والتزويج ؛لأن التمليك ليس حقيقة فيه ، ولا مجازاً عنه

البلخي يقول بجوازه ، وإليه أشار محمد في كتاب «الحدود» وقال : إذا زنى بامرأة ثم قال : تزوجتها واشتريتها فسوى بينهما ، وقال : يسقط عنه الحد فيهما فجعله دعوى النكاح ، وهو رواية عن أبي جعفر وهو الصحيح ذكره في «الذخيرة » وغيره .

وقال أبو بكر الأعمش : لا ينعقد بلفظ البيع ، وفي «جوامع الفقه» : وينعقد النكاح بكل لفظ شرع التمليك العين بغير نية إذا ذكر معه المهر كالبيع والهبة والصدقة ، وإن لم يذكر المهر ينعقد بالنية . وفي «البدائع» و«التحفة» : ينعقد عند الكرخي بلفظ الإجارة والإعارة ، وعند عامة الأصحاب لا ينعقد بهما ، وفي القرض قيل : لا ينعقد ، وقيل ينعقد به لأنه يفيد ملك الرقبة للمستقرض .

وفي «المرغيناني» : ينعقد على قياس قول أبي جعفر ومحمد ، لأنه يفيد الملك عندهما بالقرض ، وبلفظ السلم قيل : لا ينعقد ، وقيل : ينعقد به ، لأنه يفيد ملك الرقبة ، وينعقد السلم في الحيوان حتى لو قبضه ملكه ملكًا فاسداً . واختلفوا في الصرف ، قيل لا ينعقد به وقيل ينعقد ولا ينعقد بالوصية ، وعن الطحاوي ينعقد وفي الرهن اختلاف المشايخ . وقال الجرجاني : لا ينعقد بالإقالة ، لأنها موضوعة للفسخ ، وكذا الصلح لكونه لإسقاط الحق لا لابتداء العقد .

وقال السرخسي : ينعقد بلفظ الصلح والعطية ، وروى بشر عن أبي يوسف أنه ينعقد بلفظ الرد ، صورته : طلق امرأة بائنًا ، فقالت : رددت نفسي عليك بكذا كان نكاحًا إذا قبل ، وفي «الذخيرة» قال : أتزوجك متعة لا ينعقد .

وفي «الهارونيات» عنه ينعقد ويلغو لفظ المتعة ، وفي «المنتقى» : أتزوجك أمتعة فهو باطل وفي «المرغيناني» : أتمتع بك مدة كذا لا ينعقد إلا إذا كانا لا يعيشان إلى تلك المدة غالبًا كمائتي سنة وثلاثمائة سنة لأنه مؤبد حكمًا ، وقال المرغيناني : النكاح لا ينعقد بالجعل .

قال في «الذخيرة» : هذا ليس بصحيح ، وفي «نوادر ابن رستم» : عن أبي يوسف إذا قالت امرأة لرجل : جعلت نفسي لك بألف بحضرة الشهود فقال : قبلت يكون نكاحًا ، ولو عقداه بلفظ يفهمان بكونه نكاحًا ولا يعلمان به اختلف المشايخ فيه .

م: (**وقال الشافعي- رحمه الله - : لا ينعقد إلا بلفظ النكاح والتزويج**) ش: وبه قال أحمد ، وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء والزهري م: (**لأن التمليك ليس حقيقة فيه**) ش: أي في النكاح أو في التزويج ، لأنه لو كان حقيقة فيهما يلزم الترادف وهو خلاف الأصل .

م: (**ولا مجازاً عنه**) ش: أي عن النكاح أو التزويج . لأن المجاز يقتضي المشاكلة في المعاني

لأن التزويج للتلفيق ، والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة أصلاً . ولنا : أن التمليك سبب لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز وينعقد بلفظ البيع هو الصحيح لوجود طريق المجاز ، ولا ينعقد بلفظة الإجارة في الصحيح ؛ لأنه ليس بسبب لملك المتعة

ولم يوجد م: (**لأن التزويج للتلفيق**) ش: يقال لفقت الثوبين ولفقت أحدهما بالآخر إذا لازمت بينهما بالخياطة . ويقال : أحاديث ملفقة أي ضم بعضها إلى بعض . م: (**والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة أصلاً**) ش: ولهذا لو اشترى منكوحة يفسد النكاح ، ولو كان بينهما ملاءمة لما فسد .

م: (**ولنا أن التمليك سبب لملك المتعة**) ش: يعني تمليك الرقبة سبب لملك المتعة إذا صارت فعل المتعة لإفضائه إليه ، وملك المتعة وهو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز ، وقيد بقوله : م: (**في محلها**) ش: أي في محل المتعة احترازاً عن تمليك الغلمان والبهائم والأخت من الرضاعة والأمة المجوسية ؛ فإنها ليست محلاً لملك المتعة .

م: (**بواسطة ملك الرقبة**) ش: يتعلق بقوله : التمليك سبب لملك المتعة م: (**وهو الثابت**) ش: أي ملك الرقبة وهو الثابت م: (**بالنكاح**) ش: فكان بينهما اتصال باعتبار السبب م: (**والسببية طريق المجاز**) ش: وإن لم يكن اتصالاً من جهة المعنى . فصحت الاستعارة فيكون من باب إطلاق السبب على المسبب ، قال الأكمل : واعترض بأن ملك الرقبة إذا ورد على ملك النكاح أفسده ، فكيف يثبت النكاح به . وأجيب : بأن إفساد النكاح ليس من حيث تحريم الوطء لا محالة ، بل من حيث ضرب مالكية لها في موجب النكاح من طلب القسم وتقرير النفقة والسكنى والمنع من العزل ، وحينئذ لا منافاة بين ما يثبته وينفيه فجازت الاستعارة .

م: (**وينعقد**) ش: أي النكاح م: (**بلفظ البيع**) ش: بأن قالت المرأة : بعتك نفسي ، أو قال الأب : بعت بنتي منك ، وكذا بلفظ الشراء قال : اشتريتك بكذا ، فأجابت بنعم م: (**هو الصحيح**) ش: يعني انعقاد النكاح بلفظ البيع هو الصحيح . واحترز به عن قول أبي بكر الأعمش ، فإنه قال : لا ينعقد بلفظ البيع ، وقد ذكرناه عن قريب م: (**لوجود طريق المجاز**) ش: لأن الملك بسبب ملك المتعة في محل فيجوز استعارته .

م: (**ولا ينعقد بلفظ الإجارة**) ش: بأن تقول امرأة : أجرت نفسي منك بكذا ، أو يقول الأب أجرت ابنتي بكذا ونوى به النكاح ، واعلم أن الشهود الذين حضروا ذلك فإنه لا يجوز م: (**في الصحيح**) ش: احترازًا عن قول الكرخي ، فإنه قال : ينعقد بها .

م: (**لأنه**) ش: أي لأن لفظ الإجارة م: (**ليس سببًا لملك المتعة**) ش: لأن الإجارة لا تنعقد إلا مؤقتة والنكاح لا ينعقد إلا مؤبدًا ، وبينهما تغاير على سبيل المنافاة ، فأنى تصح الاستعارة .

ولا بلفظ الإباحة والإحلال والإعـارة لما قلنا، ولا بلفظـ الوصية لأنها توجب الملك مضـافاً إلى ما بعد الموت . قـال : ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضـور شاهدين حرين عـاقلين بالغين مسلمين رجلين، أو رجل وامرأتين عدولاً كـانوا أو غير عدول أو محـدودين في القذف . قال -رضي الله عنه- : اعلم أن الشهادة شرط في باب النكاح لقوله عليه السلام : «لا نكاح إلا بشهود»،

م: (**ولا بلفظ الإباحة**) ش: أي ولا ينعقد النكاح أيضًا بلفظ الإباحة م: (**والإحلال والإعارة لما قلنا**) ش: أنه ليس سببًا للملك ، أما الإباحة ، والإحلال ، فإن من أحل ، أو أباح طعامًا لغيره لا يملكه ، وإنما يتلفه على ملك المبيح .

وأما الإعارة إنها تمليك المنفعة بغير عوض ، فلا توجب ملكًا يستفاد به ملك المتعة م: (**ولا بلفظ الوصية**) ش: أي ولا ينعقد أيضًا بلفظ الوصية بأن يقول الأب أوصيت لك بابنتي م: (**لأنها**) ش: أي لأن الوصية م: (**توجب الملك مضـافًا إلى مـا بعد الموت**) ش: فلا مناسبة بينهما ، فلا تصح الاستعارة .

وعن الكرخي لو قـال : أوصيت لك بابنتي الآن ، فإنه ينعقـد أو قال أوصيت لك بضع جاريتي في الحال بكذا لو قبل الآخر ينعقد النكاح . واعلم أن الاعتبار لهذه الألفاظ ينعقد بشبهة فيسقط به الحد ، ويجب به أقل من المسمى ومن مهر المثل عند الدخول ، كذا في «المبسوط» .

م: (**قال : ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور شاهدين**) ش: الشهادة في النكاح شرط عندنا ، وهو مذهب سعيد بن المسيب وجابر بن زيد والحسن البصري وإبراهيم النخعي وسفيان الثوري والأوزاعي وقتادة والشافعي وأحمد ، حكاه ابن المنذر في «الأشراف» .

وقال عبد الرحمن بن مهدي ، ويزيد بن هارون وعبد الله بن الحسن وأبو ثور يجوز من غير شهادة [. . . . . .]، وكذا فعل الحسن بن علي وابن زيد -رضي الله تعالى عنهما- .

وبه قال ابن أبي ليلى وعثمان العتبي ذكره السرخسي ، وقالت طائفة : يجوز بغير شهود إذا أعلنوه وهو قول الزهري ومالك وأهل المدينة ، ثم إنه قيد شهادة الشاهدين بتوصيفهما بقوله :

م: (**حرين عاقلين بالغين مسلمين رجلين ، أو رجل وامرأتين ، سـواء كانوا عدولاً أو غير عدول أو محدودين**) ش: أي وكان الشاهدان محدودين م: (**في القذف**) ش: ثم يذكر ما في هذه الأوصاف للشهود بما فيه الخلاف والتعليل .

م: (**قال**) ش: أي في المصنف : م: (**-رحمه الله تعالى- : اعلم أن الشهادة شرط في باب النكاح لقوله ﷺ :**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**لا نكاح إلا بشهود**) ش: هذا غريب بهذا اللفظ ، وينبغي أن يستدل بما رواه ابن حبان في «صحيحه » من حديث الزهري عن عروة عن عائشة -رضي الله تعالى عنها- قالت : قال رسول الله ﷺ : « **لا نكاح إلا بولي وشـاهدي عـدل ، ومـا كـان من**

وهو حجة على مالك ـ رحمه الله- في اشتراط الإعلان دون الشهادة . ولا بد من اعتبار الحرية فيهما ؛ لأن العبد لا شهادة له لعدم الولاية ، ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ ، لأنه لا ولاية

النكاح على غير ذلك فهو باطل ، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»[1] .

قال : ولا يصح في ذكر الشاهدين غير هذا الخبر ، وقال الأكمل : واعترض بأنه خبر واحد فلا يجوز تخصيص قوله تعالى : ﴿ **فانكحوا ما طاب لكم من النساء** ﴾ (النساء : الآية ٣) ، وغيره من الآيات وأجاب الإمام فخر الإسلام بأن هذا حديث مشهور تلقته الأمة بالقبول فيجوز الزيادة على كتاب الله .

قلت : هذا فيه نظر لا يخفى م: (وهو) ش: أي الحديث المشهور م: (**حجة على مالك في اشتراط الإعلان دون الإشهاد**) ش: هذا الحديث لم يثبت بهذا اللفظ ، فكيف يكون حجة على مالك . نعم حديث عائشة المذكور حجة عليه .

واحتج مالك بما رواه الترمذي : حدثنا أحمد بن منيع عن يزيد بن هارون عن عيسى بن ميمون عن القاسم عن عائشة عن النبي ﷺ قال : « **أعلنوا النكاح ، واضربوا عليه بالغربال** » وقال : حسن غريب ، وعيسى بن ميمون ضعيف في الحديث ، وإن سلمنا صحة هذا الحديث فنقول : الإعلان يحصل بحضور الشاهدين ، ولو شرط كتمان العقد مع حضور شاهدين صح العقد عندنا ، وبه قال الشافعي ، والخطابي وابن المنذر والظاهرية . وقال مالك : يفرق بينهما .

م: (**ولا بد من اعتبار الحرية فيهما**) ش: أي في الشاهدين م: (**لأن العبد لا شهادة له لعدم الولاية**) ش: والشهادة من باب الولاية .

واعترض بأن الولاية عبارة عن نفاذ القول على الغير شرعًا لو أبى ، وذلك إنما يحتاج عند الأداء ، وكلامنا في حالة الانعقاد ، فكما ينعقد بشهادة المحدودين في القذف ينعقد بشهادة العبدين ؛ إذ الولاية لا مدخل لها في هذا الحال .

وأجيب : بأن الأداء يحتاج إلى ولاية متعدية وليست بمراد هنا ، وإنما المراد بها الولاية القاصرة تعظيمًا لأمر النكاح ، كاشتراط أصل الشهادة .

---

(١) **صحيح** : رواه ابن حبان عن سعيد بن يحيى بن سعيد الأموي عن حفص بن غياث عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة . . . مرفوعًا . ثم قال : لم يقل فيه وشاهدي عدل . . . إلا ثلاثة أنفس : سعيد بن يحيى الأموي، عن حفص بن غياث، وعبد الله بن عبد الوهاب عن خالد بن الحارث وعبد الرحمن بن يونس الرقي عن عيسى بن يونس ، ولا يصح في ذكر الشاهدين غير هذا الخبر . اهـ . نقله عنه الزيلعي . راجع مجمع الزوائد (٤/ ٢٨٦) .

بدونهما ، ولا بد من اعتبار الإسلام في أنكحة المسلمين ؛ لأن لا شهادة للكافر على المسلم . ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين ، وفيه خلاف الشافعي -رحمه الله- وستعرف في الشهادات إن شاء الله تعالى . ولا تشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا ، خلافاً للشافعي -رحمه الله-

---

م: (**ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ ، لأنه لا ولاية بدونهما**) ش: أي بدون العقل والبلوغ ، ولا خلاف في اشتراطهما في الشهادة ، وإنما الخلاف في وصف الذكورة والعدالة على ما يأتي عن قريب إن شاء الله تعالى .

م: (**ولا بد من اعتبار الإسلام في أنكحة المسلمين ؛ لأنه لا شهادة للكافر على المسلم**) ش: يعني أنه من باب الولاية ، ولا ولاية للكافر على المسلم ، وفيه النظر الذي مر أنه ليس المراد به الأداء حتى تكون الولاية شرطًا .

والجواب : إنا قد ذكرنا أن الشهادة وظيفة ، إنما كانت تعظيمًا ، ولا تعظيم لشيء بسبب حضور الكفار .

م: (**ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضرة رجل وامرأتين**) ش: وقال الشافعي وداود وأصحابه واختاره ابن حزم وجوزه بشهادة أربع من النساء م: (**وفيه خلاف الشافعي**) ش: فإن عنده لا يجوز فيه شهادة النساء لدلالة قوله ﷺ : « **لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل** »[1] .

فإن لفظ شاهدين يقع على ذكرين أو على ذكر وأنثى ، والثاني غير مراد بالإجماع فيتعين الأول .

قلنا : شهادة النساء حجة أصلية بالنص ، لكن فيه نوع شبهة باعتبار صورة البدلية والنكاح إنما يثبت بالشبهة .

م: (**وستعرف**) ش: أي خلاف الشافعي -رحمه الله- م: (**في الشهادات إن شاء الله تعالى**) ش: فإنه وعد خلاف الشافعي في كتاب الشهادة ، وسيجيء إن شاء الله عز وجل .

م: (**ولا تشترط العدالة**) ش: أي في شهود النكاح م: (**حتى ينعقد**) ش: أي النكاح م: (**بحضرة الفاسقين عندنا، خلافًا للشافعي**) ش: فإنه يقول : لا ينعقد بحضرة الفاسقين ، وبه قال أحمد ، وقال إمام الحرمين في «النهاية»: لا ينعقد بحضور الفاسقين ، لأن الشهادة فيه مقبولة معنى ، وهو صون العقد عن الجحود ، لأن العقد لا يثبت بشهادتهما ، انتهى .

هذا باطل فالمستورين ، فإنه لا يثبت بشهادتهما عند الحجة ، ويصح العقد بحضورهما

---

(١) صحيح : تقدم في الذي قبله .

له أن الشهادة من باب الكرامة ، والفاسق من أهل الإهانة . ولنا أنه من أهل الولاية ، فيكون من أهل الشهادة ، وهذا لأنه لما لم يحرم الولاية على نفسه لإسلامه لا يحرم على غيره ، لأنه من جنسه ، ولأنه صلح مقلدًا فيصلح مقلداً وكذا شاهداً .

وبابني الزوجين أو ابني أحدهما على الأصح ولا يثبت بهما .

م: (**له**) ش: أي للشافعي م: (**أن الشهادة من باب الكرامة**) ش: لقوله ﷺ : «أكرموا الشهود، فإن الله يحيي بهم الحقوق » م: (**والفاسق من أهل الإهانة**) ش: لقوله ﷺ : «إذا لقيت الفاسق فألقه بوجه مقهور »، ولأن كلامه محتمل الصدق والكذب ، ولا يترجح صدقه لعدم عدالته ، إذ العدالة هي المرجح على ما عرف ، فإذا فات المرجح بقي محتملاً فلا يصح حجة .

م: (**ولنا أنه**) ش: أي الفاسق م: (**من أهل الولاية**) ش: لإسلامه في نفسه م: (**فيكون من أهل الشهادة**) ش: لأنه إذا كان من أهل الولاية على نفسه يكون من أهل الولاية على غيره ، وهي الشهادة .

م: (**وهذا**) ش: إشارة إلى جواب عما يقال: الولاية على نفسه ولاية قاصرة ، فلا نسلم أن من كان من أهل الولاية على نفسه كان من أهل الشهادة ، لأنها متعدية إلى غيره .

وتقرير الجواب أن يقال: هذا الذي قلنا إن الفاسق من أهل الشهادة ، لأنه من أهل الولاية م: (**لأنه**) ش: أي لأن الفاسق م: (**لما لم يحرم الولاية على نفسه لإسلامه**) ش: أي لكونه مسلمًا م: (**لا يحرم**) ش: أي الولاية م: (**على غيره ، لأنه**) ش: أي لأن كونه أهلاً للولاية على غيره.

م: (**من جنسه**) ش: أي من جنس كونه أهلاً للولاية على نفسه . وقيل: الضمير في لأنه للمشهود.

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن الفاسق وهو الشاهدم: (**صلح مقلدًا**) ش: بكسر اللام ، أي سلطانًا وخليفة ، فإن جمهور الأئمة بعد الخلفاء الأربعة لم[. . . .] من فسق ، أي المشهود عليه من جنس الفاسق من حيث إن كل واحد منهما مسلم .

لأنه أي لأن الولاية على تأويل الحكم المذكور ونحوه فالقول بالخروج عن الإمامة بالفسق يفضي إلى فساد عظيم . فإذا كان كذلك م: (**فيصلح مقلدًا**) ش: بفتح اللام ، أي قاضيًا ، أو حاكمًا.

م: (**وكذا شاهدًا**) ش: أي فكذا شاهدًا ، لأن الشهادة والقضاء من باب واحد . قال الأكمل: في عبارته تسامح ، لأنه يهم منه أن تكون أهلية الشهادة مرتبة على أهلية القضاء.

وقد ذكر في كتاب «أدب القاضي» أن أهلية القضاء مستفادة من أهلية الشهادة ، ولو قال بالواو كان أحسن لا يقال : يجوز أن يكون مرتبًا على مقلد بكسر اللام ، لأن أهلية السلطنة

والمحدود في القذف من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة تحملاً .

ليست مستفادة من أهلية الشهادة ، لأن عليه كذلك .

والجواب: أن كلامه إذا كان الفسق لا يمنع عن ولاية هي أعم ضرراً فلأن لا يمنع عن ولاية عامة الضرر وخاصة أولى ، والترتيب على هذا الوجه غير خلاف الصحة . ولو قال : الفاسق من أهل الولاية القاصرة بلا خلاف فيصلح شاهداً على الانعقاد لأنه لا إلزام فيه فكانت الولاية قاصرة لكان أسهل فهمًا .

م: (**والمحدود في القذف من أهل الولاية**) ش: نظراً إلى الإسلام م: (**فيكون من أهل الشهادة تحملاً**) ش: يعني من حيث تحمل الشهادة : لا من حيث الأداء .

وقوله تعالى: ﴿ **ولا تقبلوا لهم شهادة أبدًا** ﴾ (النور : الآية ٤) ، نهي عن القبول ، وهو يعدم وصف الأداء لا أصل الشهادة ؛ إذ النفي عن قبول الشيء يقتضي تحقق ذلك الشيء وفوت الثمرة لا يدل على فوت الأصل ، كشهادة العميان على ما يجيء .

وقال ابن المنذر : اختار أبو جعفر وأصحابه بأعميين أو محدودين في القذف أو فاسقين الجمع على رد شهادتهما ، وأبطلوه بشهادة العبدين ، وقد اختلفوا في شهادتهما .

وأجاب عنه السروجي وقال : ما أجهله ، وأكثر الخليفة ما لا يعرفه والمراد بالمحدودين التائبان وإلا فلا فائدة في ذكرهما مع ذكر الفاسقين وشهادتهمامقبولة عن جماعة من العلماء بعد التوبة ، منهم الشافعي .

والفاسق له شهادة حتى لو حكم به حاكم نفذ حكمه ، قال الله تعالى : ﴿ **إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا** ﴾ ، (الحجرات : الآية ٦) ، فأمرنا بالتثبيت والتبين ولم يأمرنا بالدفع والرد ، بخلاف العبدين ، فإن الشهادة من باب الولاية إذ فيهما إلزام على الغير . والعبد ليست له ولاية على نفسه ، فكيف تثبت له ولاية على غيره ، وقد جازف في نقل الإجماع في رد شهادة المذكورين ، قال : ولم يثبت عن النبي ﷺ في اشتراط الشاهدين في النكاح خبر .

قال : وكان يزيد بن هارون يعيب على أصحاب الرأي ويقول : أمر الله بالإشهاد في البيع ولم يأمر بالإشهاد في النكاح ،فكيف زعم أصحاب الرأي أن البيع بدونه جائز ، والنكاح بدونه فاسد ؟

وقال السروجي : جهله أعظم من جهل ابن المنذر ، لأن الأئمة قائلة على أن الأمر في الإشهاد على التبايع أمر استحباب ، ويزيد ليس له من الفهم إلا المتعلق باللغة دون المعاني .

وجمهور العلماء وأهل الفتوى على اشتراط الإشهاد في النكاح ، وطعنه هذا طعن على الذين ذكرناهم مما مضى عن ترتيب ولا يخص أبو حنيفة وأصحابه ، انتهى .

وإنما الفائت ثمرة الأداء بالنهي لجريمته فلا يبالى بفواته كما في شهادة العميان وابني العاقدين.قال: وإن تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين صح عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- . وقال محمد ، وزفر -رحمهما الله- : لا يجوز، لأن السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم،

قلت : قوله : - لم يثبت عن رسول الله ﷺ في اشتراط الشاهدين في النكاح خبر يرده ما رواه ابن حبان من حديث عائشة- رضي الله تعالى عنها - وقد مر عن قريب .

م: (**وإنما الفائت ثمرة الأداء**) ش: جواب عما يقال : إن المحدود في القذف إذا كان من أهل الولاية ينبغي أن تكون شهادته متعدية وليست كذلك ، فأجاب بقوله : - وإنما الفائت من شهادة المحدود في القذف ثمرة الأداء .

أي أداء شهادتهم م: (**بالنهي لجريمته**) ش: لقوله تعالى : ﴿ **ولا تقبلوا لهم شهادة أبدًا** ﴾ (النور : الآية ٤) ، م: (**فلا يبالى**) ش: بصيغة المجهول م: (**بفواته**) ش: أي بفوات ثمرة الأداء ، وإنما ذكر الضمير لهما باعتبار المذكور . وأما بالنظر إلى لفظ الأداءم: (**كما في شهادة العميان**) ش: فإن النكاح ينعقد بشهادتهم بالإجماع ، ولا تقبل عند الأداء بالإجماع .

م: (**وابني العاقدين**) ش: أي وكذا في شهادة ابني العاقدين ، فإن النكاح ينعقد بشهادتهما بالإجماع ولا يقبل عند الأداء بالإجماع .

فروع في المشكلات : وينعقد بشهادة الأخرس ،والمفلس ،وابني الزوج ،وابني الزوجة وابنيهما . وفي «المغني» : وفي شهادة محدودين وابني الزوجين وابني الزوجة وجهان ، واختار الانعقاد أبو عبد الله بن بطال وينعقد عند الجماعة بالعبدين والمكاتبين والمدبرين والصبيين والأصمين .

وفي «المغني» : ولا ينعقد بشهادة أصمين ولا بشهادة أخرسين وفي شهادة المراهقين احتمال، وفي «النهاية» وأجمعوا على أنه لاينعقد بشهادة الأصمين ، وفي «الذخيرة» : ولا ينعقد بشهادة النائمين لا يسمعان كلام العاقدين. وفي «قنية المنية» : ينعقد بهما وهو الأصح .م: (**قال: وإن تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين صح عند أبي حنيفة وأبي يوسف**) ش: سواء كانا موافقين في دينهما أو مخالفين م: (**وعند محمد -رحمه الله- وزفر : لا يجوز**) ش: وبه قال الشافعي وأحمد، وفي بعض النسخ ، وقال محمد - رحمه الله - ، وزفر - رحمه الله- : لا يجوز.

وقال المالكية : أنكحة الكفار فاسدة مع أنه لا ولاية للكافر على الكافر صحيحة عندهم والشهادة ليست بشرط عندهم والإسلام يصححها عندهم م: (**لأن السماع**) ش: أي سماع العاقدين من الإيجاب والقبول م: (**في النكاح شهادة ، ولا شهادة للكافر على المسلم**) ش: بالاتفاق .

فكأنهما لم يسمعا كلام المسلم ،ولهما أن الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار إثبات الملك لوروده على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر؛ إذ لا شهادة تشترط في لزوم المال ، وهما شاهدان عليها، بخلاف ما إذا لم يسمعا كلام الزوج ، لأن العقد ينعقد بكلاميهما والشهادة شرطت على العقد . قال : ومن أمر رجلاً بأن يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والأب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح ، لأن الأب يجعل مباشراً للعقد لاتحاد المجلس، فيكون الوكيل سفيراً ومعبراً ، فيبقى المزوج شاهداً .

م: (**فكأنهما**) ش: أي فكأن الذميين م: (**لم يسمعا كلام المسلم**) ش: أي بطريق الشهادة ، وشرط الانعقاد سماع الشاهدين كلام مظهري العقد ، ولم يوجد فصار كأنهما سمعا كلام المرأة دون كلام الزوج ، فلم ينعقد ، كما لو لم يسمعا كلامهما أو كلام الزوج وذلك أن سماع من لا شهادة له يكون وجوده كعدمه ، كما في العبد .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف م: (**أن الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار إثبات الملك**) ش: أي مطلق المتعة م: (**لوروده**) ش: أي لورود الملك م: (**على محل ذي خطر**) ش: فيشترط الشهادة تعظيمًا للأبضاع ، فيكون الرجل هو المخاطب بالشهادة لأجل أنه يملك البضع ، ألا ترى أنه ﷺ كان مخصوصًا بالنكاح بغير شهود م: (**لا على اعتبار**) ش: أي لا يشترط الإشهاد على اعتبار م: (**وجوب المهر**) ش: لها عليه م: (**إذ لا شهادة تشترط في لزوم المال**) ش: لأن إيجاب المال يصح بلا شهود كالبيع وغيره م: (**وهما شاهدان عليها**) ش: أي الذميان شاهدان عليها أي على الذمية ، فشهادة أهل الذمة على الذمية جائزة .

فإن قيل : ملك الازدواج مشترك . قلنا : نعم ، لكن ذلك ليس بأصل ، وإنما يقع تبعًا للملك الوارد عليه ، كما لو اشترى أمة يملك وطأها بلا طهر ، لأنه وقع تبعًا .

م: (**بخلاف ما إذا لم يسمعا كلام الزوج**) ش: جواب عن قول محمد وزفر : تقريره الشهادة شرط في النكاح على العقد كما علم ، لأنه يخاطب كلام الزوج بالإشهاد عليها بالعقد م: (**لأن العقد ينعقد بكلاميهما**) ش: أي بكلام الزوجين م: (**والشهادة شرطت على العقد**) ش:فإذا لم يسمعا كلام المسلم لم يشهدا على العقد .

م: (**قال: ومن أمر رجلاً بأن يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والأب حاضر**) ش:أي والحال أن الأب حاضر عند العقد م: (**بشهادة رجل واحد**) ش: يتعلق بقوله فزوجها م: (**سواهما**) ش: أي سوى الآمر والمأمور م: (**جاز النكاح ، لأن الأب يجعل مباشرًا للعقد**) ش: أي لأن الموجود من الوكيل واجب الانتقال إلى الموكل في باب النكاح ، وإنما جعل الأب مباشراً إذا كان حاضرًا م: (**لاتحاد المجلس ، فيكون الوكيل سفيرًا ومعبرًا**) ش: لانتقال الوكالة إلى الأب م: (**فيبقى المزوج شاهدًا**) ش: ونصبه آخر فينعقد .

وإن كان الأب غائباً لـم يجز ، لأن المجلس مختلف فلا يمكن أن يجعل الأب مـباشراً ، وعلى هذا إذا زوج الأب ابنته البالغة بحضرة شاهد واحد إن كانت حاضرة جاز ، وإن كانت غائبة لا يجوز

وقال الكاكي : قيل : في هذا التعليل نظر . قلنا : قائله هو السغناقي؛ فإنه قال في «النهاية» : هذا تكلف غير محتاج إليه في المسألة الأولى، لأن الأب يصلح أن يكون شاهدًا في باب النكاح، فلا حاجة إلى نقل المباشرة من المأمور إلى الآمر حكمًا ، وإنما يحتاج إليه في المسألة الأخيرة وهي إذا زوج الأب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد، فإن كانت حاضرة جاز بنقل مباشرة الأب إليها لعدم صلاحيتها للشهادة على نفسها، وإن كانت غائبة لم يجز ، لأن الشيء إنما يقدر تقديرًا إذ لم يتصور تحقيقًا، إليه أشار في «الفوائد الظهيرية» .

وقال الأكمل : وأرى أنه لا فرق بين الصورتين في الاحتياج إلى ذلك التكلف .

قلت: فيه تكلف لا يخفى ، ومن أراد أن يتضح له ذلك فلينظر في النهاية .

م: (**وإن كان الأب غائبًا لم يجز النكاح ، لأن المجلس مختلف**) ش: لأنه لو انتقل إليه العقد لكان الإيجاب في مجلس والقبول في مجلس آخر م: (**فلا يمكن أن يجعل الأب مباشرًا**) ش: لأجل غيبته م: (**وعلى هذا**) ش: أي وعلى اعتبار حضرة الأب وغيبته م: (**إذا زوج الأب ابنته البالغة بحضرة شاهد واحد، إن كانت**) ش: أي الابنة م: (**حاضرة جاز**) ش: لإمكان اعتبار الأب شاهدًا م: (**وإن كانت غائبة لا يجوز**) .

***

فصل في بيان المحرمات

قال : لا يحل للرجل أن يتزوج بأمه ولا بجداته من قبل الرجال أو النساء، لقوله تعالى : ﴿حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم﴾ (النساء:الآية٢٣) ، والجدات أمهات ؛ إذ الأم هو الأصل لغة أو ثبتت حرمتهن بالإجماع قال ولا بينته لما تلونا ، ولا ببنت ولده وإن سفلت للإجماع ، ولا

م : (**فصل في بيان المحرمات**)

ش: أي هذا فصل في بيان النساء المحرمات تزوجها ؛ لأن الله تعالى أخرجهن من محلية النكاح فاحتيج إلى بيانهن ، وهن أربعة عشر ، سبعة من جهة النسب، وسبعة من السبب ، وستجيء كلها .

م: (**قال : لا يحل للرجل أن يتزوج بأمه**) ش: هذه إحدى السبعة من جهة النسب م: (**ولا بجداته**) ش: أي لا يحل أن يتزوج بجداته سواء كن م: (**من قبل الرجال أو النساء**) ش: أي ومن قبل النساء ، وليس من كلام العرف تزوجت بامرأة ، وإنما يقال : تزوجت امرأة، قاله يونس .

م: (**لقوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم ﴾**) ش: (**النساء : الآية ٢٣**) فدلالته على حرمة الأم ظاهرة م: (**والجدات**) ش: وأما دلالته على حرمة الجدات فأشار إليه بقوله : م:(**أمهات إذ الأم هو الأصل لغة**) ش: يقال لمكة : أم القرى لكونها هي الأصل، لما روي أنها خلقت أولاً ثم دحيت الأرض منها ، وقال الله تعالى : ﴿ **هن أم الكتاب** ﴾ (آل عمران : الآية٧) أي أصل ويرد إليه المتشابه ، وقال عليه السلام : « **الخمر أم الخبائث** » وهذا عند المحققين، ومن مشايخنا الذين لا يجوزون الجمع بين الحقيقة والمجاز .

وعند مشايخنا العراقيين : يجوز الجمع بين الحقيقة والمجاز عند اختلاف المحل فحرمة الجدات قد ثبتت بالنص أيضًا بمجازه ، وعند الطائفة الأولى بطريق الحقيقة باعتبار معنى يعمهما لغة لا باعتبار الجمع بين الحقيقة والمجاز .

قوله : حرمت الجدات بالنص، ومن يبغ يثبت حرمتهن بالإجماع ، وإليه أشار المصنف بقوله : م: (**أو ثبتت حرمتهن بالإجماع**) ش: هذا عند الفريقين .

م: (**قال : ولا ببنته**) ش: ولا ببنت بنت وإن سفلت على ما يجيء الآن، والاستدلال فيهن مثل الاستدلال في الأم، فإن بنت البنت تسمى بنتًا حقيقة باعتبار أن البنت يراد بها الفرع ، فيتناولها النص حقيقة ومجازًا عند البعض، ويجوز الجمع عند اختلاف المحل أو بالإجماع .

م: (**لما تلونا**) ش: وهو قوله تعالى : م: (**ولا ببنت ولده وإن سفلت**) ش: ولفظ الولد يتناول الابن والبنت ، ولما ذكرنا من جواز الجمع بين الحقيقة والمجاز في محلين مختلفين عند البعض م: (**للإجماع**) ش: عند الفريقين م: (**ولا بأخته**) ش: أي ولا يحل أيضًا أن يتزوج بأخته سواء أكانت

بأخته ولا ببنات أخيه ولا ببنات أخته ولا بعمته ولا بخالته لأن حرمتهن منصوص عليها في هذه الآية وتدخل فيها العمات المتفرقات

لأب وأم ، أو لأب أو لأم ، ضمت الهمزة في - أخت - لتدل على الواو الذاهبة منه بخلاف الأخ ، لأجل التاء التي ثبتت في الأصل والوقف كالاسم الثاني .

م: (**ولا ببنات أخيه**) ش: أي سواء أكن لأب وأم أو لأب أو لأم م: (**ولا ببنات أخته**) ش: أي سواء كانت بنت أخته لأب وأم أو لأب أو لأم م: (**ولا بعمته**) ش: أي ولا يحل أيضًا أن يتزوج بعمته م: (**ولا بخالته**) ش: أي ولا يحل أيضًا أن يتزوج بخالته ، والخال أخو الأم والخالة أختها ، ذكره الجوهري في باب «خول» ليدل على أن أصلها واوي م: (**لأن حرمتهن**) ش: أي حرمة هؤلاء المذكورات كلها من الأخوات المتفرقات وبنات الأخ ، وبنات الأخت ، والعمات ، والخالات م:(**منصوص عليها في هذه الآية**) ش: أي في قوله تعالى : ﴿ **حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم** ﴾ (النساء : الآية ٢٣) .

وفي «النهاية » : حاصله أن المحرمات التي ضمها كتاب النكاح والرضاع على أحد وعشرين نوعًا : سبعة من جهة النسب : الأمهات ، والبنات ، والأخوات ، والعمات ، والخالات ، وبنات الأخ ، وبنات الأخت .

وسبعة من جهة الرضاع : كذلك يحرم الرضاع في هؤلاء لقوله عليه السلام : «**يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب** » وأربعة من جهة المصاهرة : وهي : أم المرأة وابنتها ومنكوحة الأب ، وحليلة الابن ، واثنتان من جهة الجمع وهما : الجمع بين أكثر من أربع ، والجمع بين الأختين ، وواحدة من جهة الكفر : أو من المجوسية كذا في «شرح الطحاوي» .

وفي «التحفة» : تحريم النكاح يتنوع إلى تسعة أنواع : القرابة ، والصهرية ، والرضاع ، والجمع ، وتقديم الأمة على الحرة ، وبسبب حق الغير ، وبسبب الشركة ، وبسبب ملك اليمين ، وبسبب الطلقات الثلاث ، فعلى هذا تكون الحرمات خمسة وعشرين ، كلها مذكورة في الكتاب .

م: (**وتدخل فيها**) ش: أي في حرمة الآية م: (**العمات المتفرقات**) ش: أي العمة لأب وأم ، والعمة لأب دون أم ، والعمة لأم دون أب ، وفي «المحيط» : وكذا أم العمة حرام ؛ لأن أم عمته لأبيه وأمه ، أو لأمه هي أم أبيه لا محالة ، وأم أبيه حرام عليه ، وأما عمته لأبيه هي أخت أبيه ولأب ، فإنما تكون امرأة جد أب الأب وامرأة الجد حرام عليه ، وكذا عمات أبيه وعمات أجداده وعمات أمه ، وعمات جداته وإن سفلن .

وأما عمة العمة تنظر إن كانت العمة القربى عمة لأبيه وأمه أو لأبيه ، فعمة العمة حرام ، لأن القربى إذا كانت أخت أبيه لأبيه وأمه أو لأبيه ، فإن عمتها تكون جدة أب الأب ، وأخت أب

والخالات المتفرقات، وبنات الأخوات المتفرقات وبنات الإخوة المتفرقين لأن جهة الاسم عامة . قال : ولا بأم امرأته التي دخل بابنتها أو لم يدخل ، لقوله تعالى :﴿وأمهات نسائكم﴾ (النساء:الآية٢٣) ، من غير قيد الدخول .

الأب حرام، لأنها عمته وإن كانت العمة القربى عمة لأمه ، فعمة العمة لا تحرم ؛ لأن أب العمة يكون زوج أم أبيه ، فعمتها تكون أخت زوج الجدة أم الأب وأخت زوج الأم لا تحرم، وأخت زوج الجدة أولى أن لا تحرم .

م: (والخالات المتفرقات) ش: أي الخالة لأب وأم، والخالة لأب دون أم، والخالة لأم دون أم والخالة لأم دون أب، وكذا خالات آبائه وأمهاته . وأما خالة الخالة وإن كانت الخالة القربى خالة لأب وأم، أو لأم فخالتها تحرم عليه، وإن كانت القربى خالة لأب فخالتها لا تحرم عليه، لأن أم الخالة القربى تكون امرأة الجد أب الأم لا أم أمه، فأختها أخت امرأة أب الأب وأخت امرأة الجد لا تحرم عليه .

م: (وبنات الأخوات المتفرقات وبنات الإخوة المتفرقين) ش: أي ويدخل في الآية المذكورة بنات الإخوة والأخوات .

وقوله : المتفرقين بصيغة الجمع المذكر صفة الأخوة التي جمع أخ ويدخل فيه الأخوات التي هي جمع أخت، ومعنى التفرق يعني سواء كانت بنات الأخ لأب وأم أو لأم وبنات الأخت كذلك ، وكلهن محرمات على التأبيد بالكتاب والسنة والإجماع .

وفي «الذخيرة» : أولاد الأعمام والعمات والأخوال والخالات من المباحات لقوله تعالى : ﴿ وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالاتك ﴾ (النساء : الآية ٢٣) .

في «النتف» : حرم الله تعالى العمة والخالة ولم يحرم بناتهما، وكذا أولادهم وإن سفلوا يجوز التناكح فيما بينهم من جميع القرابات وهم أرحام لا محرم م: (لأن جهة الاسم عامة) ش: يعني المعنى المجوز لإطلاق اسم الأخت يشمل الفرق الثلاث ، وهو المجاور في رحم أو صلب ، فكان الاسم حقيقة للكل .

وقال تاج الشريعة : قوله : وجهة الاسم عامة - أي جهة اسم العمومة والخئولة لأنها أخت أبيه وأخت أمه، وهذه الجهة لا تتغير بكونها لأب وأم .

م: (قال : ولا بأم امرأته) ش: هذا بيان المحرمات من جهة السبب وهي جهة المصاهرة ، أي ولا يحل له أن يتزوج بأم امرأته م: (التي دخل بابنتها أو لم يدخل بها لقوله تعالى : ﴿وأمهات نسائكم﴾ النساء : الآية ٢٣ من غير قيد الدخول) ش: وكذا بجدتها وإن علت لقوله تعالى يعني القرآن مطلق عن قيد الدخول في أمر المرأة ، والله حرمها مطلقًا، فمن قيدها بالدخول فقد

ولا ببنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد الدخـول بالنص ، سواء كانت في حجره أو في حجر غيـره ، لأن ذكر الحجر خـرج مخرج العـادة لا مخرج الشرط ،ولهـذا اكتفى في مـوضع الإحلال بنفي الدخول .

نسـخه ، وبه قـال الجمـهور : وهو قول : عـمر بن الخطاب ، وعلي بن أبي طالـب ، وعبـد الله بن مسعود ، وعبد الله بن عباس ، وعبد الله بن عمر ، وزيد بن ثابت ، وعمران بن حصين - رضي الله تعالى عنهم- ، وبه قال الشافعي وأحمد بن حنبل ، ومالك في الصحيح .

وقال بشر المريسي ، وابن شجاع ، وداود : دخول ابنتها شرط ، ويروى عن ابن مسعود وجابر أن أم الزوجة لا تحرم حتى يدخل بالبنت ولا يحرم بنفس العقد ، لو طلقها قبل الدخول بها جاز له التزوج بأمها .

م: (**ولا ببنت امرأته**) ش: أي ولا يحل أيضًا أن يتزوج ببنت امرأته م: (**التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص**) ش: وهو قوله تعالى : ﴿ **من نسائكم اللاتي دخلتم بهن** ﴾ (النساء : الآية٢٣) ، وإن لم يدخل بها حتى حرمت عليه بطلاق أو موت يحل له أن يتزوج بالبنت ، لأن هذه الحرمة تعلقت بشرط الدخول ، وقال إمام الحرمين في «النهاية» : إنما تحرم إذا كانت صغيرة يوم العقد فتجعل في حجره وتكمله ، وإذا كانت كبيرة يوم العقد لا تحرم .

م: (**سـواء كـانت**) ش: أي بنت امـرأته م: (**في حـجـره أو في حـجـر غـيـره**) ش: اختلف الصحابة-رضي الله عنهم - في شرطية الحجر بهذه الحرمة ، فقال علي - رضي الله تعالى عنه - الحجر شرط ، وبه قال داود لظاهر الآية م: (**لأن ذكر الحجر خـرج مخرج العادة**) ش: فإن العادة أن تكون البنات في حجر زوج أمهاتها ليأتي تربيتها م: (**لا مخـرج الشرط**) ش: أي ما يخرج مخرج كونه شرطًا ، والتقييد العرفي لا يوجب تقييد الحكم به ، كما في قوله تعالى : ﴿**فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرًا**﴾ (النور : الآية ٣٣) ، كـذا في «المبسـوط» ، ولا إلزام فيـه على داود ؛ لأن علـم الخبـر شرط صحة الكتابة عنده .

م: (**ولهذا**) ش: أي ولأن ذكر الحجر خرج مخرج العادة م: (**اكتفى في موضع الإحلال**) ش: وهو قوله تعالى : ﴿ **فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم** ﴾ (النساء : الآية ٢٣) ، يعني اكتفى الله تعالى في هذه الآية م: (**بنفي الدخول**) ش: ولـم يشترط نفي الحجر مع نفي الدخول ، حيث لم يقل : فـإن لم تكونـوا دخلتم بهن . وليس في حـجوركم ؛ فـإن الإباحـة تتـعلق بضـد مـا تتـعلق به الحرمة .

واعترض: بأنه يجوز أن يكون الحرمة متعلقة ذات وصفين ، وهمـا الدخول والحجر ، ثم تنتفي الحرمة بانتفاء أحدهما لأن الشيء ينتفي بانتفاء الجزء ، فلم تكن ثبوت الإباحة عند انتفاء الدخول ، دليلاً على أن الحرمة غير متعلقة بالحجر .

قال: ولا بامـرأة أبيه وأجداده ، لقوله تعـالى :﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النسـاء ﴾ (النساء :الآية٢٢) ، ولا بامـرأة ابنه وبني أولاده؛ لقوله تعـالى :﴿وحلائل أبنائكم الذين من أصـلابكم ﴾ (النساء:الآية ٢٣) .

وأجيب: بأن العـادة في مثله نفي الوصـفين جميعًا أو نـفي العلة مطلقًا لا نفي أحـدهما والسكوت عن الآخر .

م: (**قال**) ش: أي القدوري: م: (**ولا بامرأة أبيه**) ش: أي ولا يحل له أن يتزوج بامرأة أبيه م: **(وأجداده)** ش: أو بنساء أجداده م: (**لقوله تعالى : ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء ﴾) (النساء: الآية ٢٢)** ش:، واسم الأب يتناول الأجداد ، والأب الحقيقي باعتبار عموم المجاز وهو الأصل، فثبتت الحرمة في الجميع نصًا أو إجماعًا على ما مر ، وعلى قول من يجوز الجمع بين الحقيقة والمجاز في المحلين يثبت نصًا. وقوله تعالى : **﴿ ولا تنكحوا﴾ انتهى** .

بمعنى النفي، إذ لو كان المراد هو النهي لكان ينعقد نكاحها ؛ لأن النهي في الأفعال الشرعية لا يعدم المشروعية ، ثم المراد من النكاح إن كان هو العقد فالوطء حرام، لأن سبب الوطء عقد النكاح ، ولما كان حرامًا فـالسبب المقصـود به أولى أن يكون حـرامًا، وأن المراد به هو الوطء ، فـحرمـة العقـد ثابتـة بالإجمـاع ، لكن لا يتم تمسك المصنف بالآية إلا على قول من قـال : المراد بالنكاح العقد .

وقوله تعالى : **﴿ إلا ما قد سلف ﴾** معناه إلا ما قد سلف في الجاهلية ، فإنكم لا تؤاخذون بذلك إذا خليتم سبيلهن بعد الحرمة ، وقيل معناه : ولا ما قد سلف ؛ لأن إلا تأتي بمعنى لا ، قال الله تعالى : **﴿ إلا الذين ظلموا منهم ﴾** (البقرة : الآية ١٥٠).

فيكون المعنى : أنه كما لا يحل ابتداء العقد بعد ثبوت الحرمة لا يحل إمساك بما قد سلف بعد أول الحرمة كيلا يظن أن هذه الحرمة تمنع ابتداء العقد لا تمنع البقاء ، والعرب في الجاهلية كانوا فرقتين :

فرقة يعتقدون الإرث في منكوحة الأب إذا لم يكن منها ولد ، يطأها بغير عـقد جديد، رضيت أم كرهت .

وفرقة يعتقدون أنها تحل لهم بعقد جديد ، وأنه متى رغب فيها فهو أحق بها من غيره ، فنزلت **﴿ إلا ما قد سلف ﴾** الآية ، ناسخة لما اعتقده الفريقان .

م: (**ولا بامـرأة ابنه**) ش: أي ولا يحل له أن يتزوج بامـرأة ابنه م: (**وبنـي أولاده**) ش: أي ولا يحل أيضًا نكاح نساء بني أولاده من الذكور والإناث م: (**لقوله تعالى : ﴿ وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم ﴾) (النساء : الآية ٢٣**) ش:الحلائل جمع حليلة ، والذكر حليل، وسميت امرأة الابن

وذكر الاصلاب لإسقاط اعتبار التبني لا لإحلال حليلة الابن من الرضاعة ، ولا بأمه من الرضاعة، ولا بأخته من الرضاعة ، لقوله تعالى : ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ﴾ (النساء:الآية٢٣). ولقوله عليه السلام : «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب».

حليلة لأنها حلت للابن من الحل، أو لأنها تحل فراشه ، ويحل هو فراشها من الحلول أو حل كل واحد إزار صاحبه ، وحليلة الابن حرام على الأب ، سواء دخل بها الابن أو لم يدخل لإطلاق النص من الدخول، وأما حليلة ابن الابن بعمومه أو بالإجماع .

م: (**وذكر الأصلاب لإسقاط اعتبار التبني**) ش: هذا جواب عما يقال : ابن الابن لا يكون من صلبه ، فكيف يصح تعدية حليلة الابن الصلبي إليه مع هذا القيد؟ أجاب بقوله : وذكر الأصلاب لأجل إسقاط حرمة اعتبار التبني، فإن التبني قد انتسخ بقوله تعالى : ﴿**ادعوهم لآبائهم**﴾ (الأحزاب : الآية ٥).

فكان رسول الله ﷺ تبنى زيد بن حارثة ، ثم تزوج زينب بعدما طلقها زيد، فكان المشركون قد طعنوا وقالوا : إنه قد تزوج حليلة ابنه، فأنزل الله عز وجل : ﴿ **ما كان محمد أبا أحد من رجالكم** ﴾ (الأحزاب : الآية٤٠)، فالتعدي هنا لدفع طعن المشركين .

م: (**لا لإحلال حليلة الابن من الرضاعة**) ش: فإن حليلة الابن من الرضاع تحرم على أبيه من الرضاع عندنا .

وقال الشافعي : لا تحرم بناء على أصله أن لبن الفحل لا يحرم ، واستدل بهذا القيد المذكور .

ودليلنا قوله عليه السلام : « **يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب** » . وقال الكاكي : وذكر في كتب الشافعية أن تقييد الأصلاب ليس لإحلال حليلة الرضاع بل لإحلال حليلة المتبنى ، فحينئذ لا خلاف بيننا وبينهم .

م: (**ولا بأمه من الرضاعة**) ش: أي ولا يحل أيضًا أن يتزوج بأمه من الرضاعة م: (**ولا بأخته من الرضاعة**) ش: أي ولا يحل أيضًا أن يتزوج بأخته من الرضاع ، والرضاع بفتح الراء وكسرها وبالتاء معهما ، وأنكر الأصمعي كسرها مع التاء .

م: (**لقوله تعالى : ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة﴾**) (**النساء : الآية ٢٣**) : (**ولقوله عليه السلام**) ش:ولقول النبي ﷺ : م: (**يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب**) .

ش: هذا الحديث بهذا اللفظ أخرجه الطبراني في «معجمه الكبير» من حديث ثوبان، أن

ولا يجمع بين أختين نكاحاً ولا بملك يمين وطأ ، لقوله تعالى : ﴿ وأن تجمعوا بين الأختين ﴾ (النساء : الآية ٢٣) ، ولقوله عليه السلام : «من كان يؤمن بالله ، واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم أختين» .

رسول الله ﷺ قال : « **يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب** »[(١)] .

وأخرج الترمذي من حديث عائشة - رضي الله تعالى عنها - قالت : قال رسول الله ﷺ: « **إن الله حرم من الرضاعة ما حرم من الولادة** »[(٢)] وقال : هذا حديث حسن صحيح .

وأخرج البخاري من حديث ابن عباس أن النبي ﷺ أريد على ابنة حمزة ، فقال : « **إنها لا تحل لي ، إنها ابنة أخي من الرضاعة ، وإنه يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب** » وأخرجه مسلم ولفظه : « **ما يحرم من الرحم** » .

م: (**ولا يجمع بين أختين نكاحًا**) ش: أي من حيث النكاح الذي لا يكونان معه بعقد أو عقدين م: (**ولا بملك يمين وطأ**) ش: أي من حيث الوطء قيد بالوطء ؛ لأنه يجوز أن تجمع بين الأمتين الأختين من حيث الملك ، غير أنه إذا وطء إحداهما لا يطأ الأخرى ، وكان عمر - رضي الله تعالى عنه - يتوقف في الجمع بين الأختين في الوطء بملك اليمين ، ويقول أحلتهما آية وهي قوله تعالى : ﴿ **وما ملكت أيمانكم** ﴾ (النساء : الآية ٣٦) ، وحرمتهما آية ، وهي قوله تعالى : ﴿ **وأن تجمعوا بين الأختين** ﴾ (النساء : الآية ٢٣) ، وجعل أبو بكر الرازي هذا قول علي ومجاهد ، رواه عن علي الشعبي ، ويروى عنه إنكاره .

وفي «الكشاف» : جعل قول عثمان وعلي ثم قال : يرجح علي بالتحريم ، وعثمان بالإباحة والإباحة قول الظاهرية ،م: (**لقوله تعالى : ﴿ وأن تجمعوا بين الأختين ﴾**) ش: (النساء: **الآية ٢٣**) ، وهو في موضع الرفع ، لأنه معطوف على المحرمات ، أي ويحرم عليكم الجمع بين الأختين ، والمراد حرمة النكاح ، لأن التحريم في الآية تحريم النكاح لقوله تعالى : ﴿ **وأن تجمعوا** ﴾ عطف على أمهاتكم .

م: (**ولقوله** ﷺ) ش: أي لقول النبي ﷺ : م: (**من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم أختين**) ش: ، هذا حديث غريب لم يتعرض له أحد من الشراح غير أن الكاكي أحال ما ذكره في «المبسوط» والسروجي أحال على «الذخيرة» للمالكية . نعم روى الترمذي في «جامعه» من حديث أبي وهب الجيشاني أنه سمع من فيروز الديلمي يحدث عن أبيه قال : ﷺ أتيت رسول الله ﷺ فقلت : يا رسول الله إني أسلمت وتحتي أختان ، فقال رسول الله ﷺ : « **اختر أيهما**

---

(١) صحيح : هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم من حديث ابن عباس ، ومن حديث عائشة أخرجه الجماعة .
(٢) صحيح : رواه الترمذي في « كتاب الرضاع» [١١٤٧] ، (٣/ ٤٥٣) .

فإن تزوج أخت أمة له وقد وطئها صح النكاح ؛ لصدوره من أهله مضافاً إلى محله ، وإذا جاز لا يطأ الأمة ، وإن كان لم يطأ المنكوحة لأن المنكوحة موطوءة حكماً ، ولا يطأ المنكوحة للجمع إلا إذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الأسباب ، فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع وطأ

شثت» وقال : هذا حديث حسن غريب[1] ، وفيه دلالة على أن الجمع بين الأختين لا يجوز .

قال الترمذي : وأبو وهب الجيشاني اسمه الديلم بن موشع والجيشان بفتح الجيم وسكون الياء آخر الحروف وبشين معجمة نسبة إلى جيشان قبيلة باليمن ، وهو جيشان بن غيلان صخر بن عين ، واسم ابن فيروز الضحاك ، وذكره ابن حبان في «الثقات» .

م: (**فإن تزوج أخت أمة له**) ش: أي فإن تزوج رجل أخت أمة في ملكه م: (**قد وطئها**) ش: جملة حالية ، والجملة الفعلية الماضية إذا وقعت حالاً لابد فيها من لفظة قد صريحًا أو مقدرة ، أي والحال أن الرجل قد كان وطء أمته التي في ملكه م: (**صح النكاح ؛ لصدوره من أهله مضافًا إلى محله**) ش: أي لأجل صدور النكاح من أهله حال كونه مضافًا إلى محله ، لأن الأخت المملوكة وطئها من باب الاستخدام وهو لا يمنع نكاح الأخت إلا أنه لا يطأها بعد ذلك .

م: (**وإذا جاز**) ش: أي نكاح أخت أمته وطئها م: (**لا يطأ الأمة**) ش: بعد ذلك حتى لا يصير جامعًا بين الأختين بوطء م: (**وإن كان لم يطأ المنكوحة**) ش: واصل بما قبله م: (**لأن المنكوحة موطوءة حكمًا**) ش: أي من حيث الحكم، ولهذا تستحق الوطء على هذا الزوج ،والأمة لا تستحق الوطء على المولى .

فإن قيل : لما كان النكاح قائمًا مقام الوطء ينبغي أن لا يجوز هذا النكاح حكمًا، كيلا يصير جامعًا بينهما وطئًا كما قال بعض أصحاب مالك .

قلنا : نفس النكاح ليس بوطء ، وإنما صار كالوطء عند ثبوت حكمه ، وهو حل الوطء وحكم الشيء يثبت بعده ، والنكاح حال وجوده ليس بوطء صحيح لوجوده في محله .

م: (**ولا يطأ المنكوحة للجمع**) ش: أي لأجل الجمع بينهما م: (**الا إذا حرم الموطوءة**) ش: أي الأمة الموطوءة م: (**على نفسه ، بسبب من الأسباب**) ش: كالبيع والتزويج والهبة بالتسليم وبالإعتاق والكتابة م: (**فحينئذ**) ش: أي حين حرم الأمة الموطوءة على نفسه م: (**يطأ المنكوحة لعدم الجمع**) ش: من حيث الوطء وعن أبي يوسف لا يحل ، وعنه أيضًا : لو ملك فرج الأولى غيره لا يطأ الأخرى حتى تحيض الأولى حيضة بعد وطئها ، لأنه يجوز أن تكون حاملاً منه .

---

(١) ضعيف : رواه أبو داود [٢٢٤٣] ، الترمذي [١١٤٤] ، ابن ماجة [١٩٥١] ، عن يزيد بن أبي حبيب عن أبي وهب الجيشاني أنه سمع الضحاك بن فيروز ، يحدث عن أبيه فيروز الديلمي . . . فذكره ، وأبو وهب هذا قيل : اسمه ديلم بن موشع ، وقيل : عبيد بن شرحبيل وهو مجهول. والضحاك أيضًا لا يعرف حاله .

ويطأ ، المنكوحة إن لم يكن وطىء المملوكة لعدم الجمع وطأ ، إذ الموقوفة ليست موطوءة حكماً . فإن تزوج أختين في عقدتين ، ولا يدري أيتهما أولى فرق بينه وبينهما ؛ لأن نكاح إحداهما باطل بيقين ولا وجه إلى التعيين لعدم الأولوية ولا إلى التنفيذ مع التجهيل ؛ لعدم الفائدة أو للضرر ، فتعين التفريق . ولهما نصف المهر لأنه وجب للأولى منهما وانعدمت الأولوية للجهل بالأولوية فينصرف إليهما.

م: (**ويطأ المنكوحة إن لم يكن وطىء المملوكة لعدم الجمع وطأ؛ إذ الموقوفة ليست بموطوءة حكمًا**) ش: لأن ملك اليمين لم يوضع للوطء ، ولهذا لا يثبت نسب ولد الموقوفة بلا عدة وفي المنكوحة يثبت بدونها .

م: (**فإن تزوج أختين في عقدتين ولا يدري أيتهما أولى**) ش: بضم الهمزة ، لأنه لو تزوجهما في عقد واحد كان النكاح باطلاً للجمع بين الأختين ، فلا يستحقان شيئًا من المهر .

وقيد بقوله : ولا يدري أيتهما أولى ، لأنه لو علم ذلك بطل نكاح الثانية م: (**فرق بينه وبينهما، لأن نكاح إحداهما باطل بيقين ، ولا وجه إلى التعيين لعدم الأولوية**) ش: لأنه إذا لم يكن وجه لتعيين إحداهما بأن تعين اسم إحداهما بعدم الأولوية لعدم التعيين م: (**ولا إلى التنفيذ مع التجهيل**) ش: يعني لا تنفيذ لإحداهما بغير عينها .

م: (**لعدم الفائدة**) ش: لأن المقصود بالنكاح التوالد والتناسل ، وذلك بالوطء ، والوطء لا يقع في غير المعينة ، بل يقع في المعينة ، ولا حل في الجمعية م: (**أو للضرر**) ش:في حقهما ، لأن كل واحد منهما متعلقة ، ولا مطلقة على تقدير إبقاء النكاح ، وفيه ضرر بهما ، ولا خلاف فيه للأئمة الأربعة م: (**فتعين التفريق**) ش: بينهما أكثر لما ذكر من الأمور .

م: (**ولهما**) ش: أي الأختين م: (**نصف المهر**) ش: يعني بينهما نصفان م: (**لأنه**) ش: أي لأن نصف المهر م: (**وجب للأولى منهما**) ش: بضم الهمزة .

قوله : منهما : أي من الأختين ، أي التي نكاحها أولى لصحة نكاحها ، وقد جاءت فرقة من جانب الزوج فصار كالطلاق قبل الدخول لا يصح نكاحها وتبقى الموطوءة على الإباحة وليست إحداهما أولى من الأخرى فصار بينهما م: (**وانعدمت الأولوية للجهل بالأولوية**) ش: وقال الأكمل: وتقرير كلامه : المهر للأولى منهما ، وليس إحداهما بكونها أولى للجهل بالأولوية ، وفي بعض النسخ بالأولية م: (**فينصرف إليهما**) ش: أي إلى الأختين .

فإن قيل : ينبغي أن لا يقضي على الزوج بشيء ، كما روي عن أبي يوسف ، وبه قال بعض الحنابلة لأن المقضي له مجهول ، وجهالة المقضي له تمنع القضاء ، كما إذا قال لإحداهما علي ألف ، فإنه لا يكون لإحداهما أن تأخذ منه شيئًا [. . .] .

وقيل : لا بد من دعوى كل واحدة منهما أنها الأولى أو الاصطلاح لجهالة المستحقة .ولا يجمع بين المرأة وعمتها وخالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها لقوله عليه السلام : «لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها» .

وأجيب : بأن معنى المسألة أن تدعي كل واحدة منهما أنها الأولى ولا حجة لهما ، أما إذا قالت لا ندري النكاح الأول لا يقضى لهما بشيء ما لم يصطلحا على أخذ نصف المهر ، لأن الحق وجب لمجهول فلابد من الدعوى أو الإصلاح ليقضى لهما ، وهو اختيار الفقيه أبي جعفر الهندواني كذا في الكافي .

وأشار إلى هذا بقوله م: (**وقيل لابد من دعوى كل واحدة منهما**) ش: أي من الأختين م:(**بالأولوية أو الإصطلاح**) ش: أي ولابد من اصطلاحهما م: (**لجهالة المستحقة**) ش: وصورة الاصطلاح أن يقولا عند القاضي لنا عليه المهر فتصطلح على أخذ نصف المهر إذ الحق لا يعد وفاء ويكون لكل واحدة ربع المهر .

وعن محمد : يجب مهر كامل لهما ، لأنه يقر بنكاح إحداهما ، وعدم طلاقها ، فإذا جاز نكاح إحداهما وجب المهر كاملاً .

م: (**ولا يجمع بين المرأة وعمتها وخالتها**) ش: أي ولا يجمع بين المرأة وخالتها وعمتها م: (**أو ابنة أخيها**) ش: أي أخي المرأة م: (**أو ابنة أختها**) ش: أي أخت المرأة م: (**لقوله ﷺ**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها**) ش: هذا الحديث رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي من حديث أبي هريرة ، واللفظ لهم خلا مسلمًا قال : قال رسول الله ﷺ : « **لا تنكح المرأة على عمتها ، ولا العمة على بنت أخيها ، ولا المرأة على خالتها ، ولا الخالة على بنت أختها لا تنكح الكبرى على الصغرى ولا الصغرى على الكبرى** » .

واعلم أن مسلمًا لم يخرجه هكذا بتمامه ، ولكنه فرقه حديثين فأخرج صدره عن أبي سلمة عن أبي هريرة مرفوعًا : « **لا تنكح المرأة على بنت الأخ ، ولا بنت الأخت على الخالة** » .

وروي عن علي - رضي الله تعالى عنه - أخرجه أحمد في «مسنده » من النصف الأول من الحديث الذي ذكره المصنف[1] حيث قال : قال رسول الله ﷺ : « **لا تنكح المرأة على عمتها ، ولا على خالتها** » .

وكذا رواه ابن ماجة من حديث أبي موسى مثله سواء[2] .

---

(١) رواه أحمد (١/ ٧٨) ، عن ابن لهيعة ثنا عبد الله بن هبيرة السبائي عن عبد الله بن زيد الغافقي عن علي . . . مرفوعًا . وفيه ابن لهيعة وهو ضعيف .

(٢) رواه ابن ماجة في «النكاح» [١٩٣١] ، وفيه جبارة بن المغلس ، شيخ ابن ماجة وهو ضعيف .

وكذا بعينه رواه الطبراني في الكبير من حديث الحسن عن سمرة بن جندب[١] .

وكذا رواه الطبراني من حديث أيوب بن خالد عن عتاب بن أسيد بن سلمة[٢] .

م: (**وهذا مشهور**) ش: أي هذا الحديث مشهور، وتلقته الأمة بالقبول، واشتهر بين التابعين وأتباع التابعين مع رواية كبار الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - ، وقد رواه من الصحابة ابن عباس ، وأبو هريرة ، وعلي ، وابن عمر ، وأبو سعيد، وأبو أمامة ، وجابر ، وعائشة ، وأبو موسى ، وسمرة بن جندب، وعبد الله بن مسعود، وأنس بن مالك ، وعتاب بن أسيد م: (**تجوز الزيادة على الكتاب بمثله**) ش: أراد بالكتاب قوله تعالى : ﴿**وأحل لكم ما وراء ذلكم**﴾ (النساء : الآية ٢٤) ، وكذلك أيضًا قد خصت هذه الآية بالوثنية والمجوسية ، وبناته من الرضاعة فخص هذه الصورة أيضًا بهذا الخبر .

وقيل ورد بيانًا لمجمل الكتاب ، لأن شرط الإحصان في الإباحة بقوله محصنين وهو مجمل وخبر الواحد يصح أن يكون بيانًا كما هو معهم الكتاب ، وقد احتج بهذا الحديث على تحريم الجمع بين من ذكر في الحديث. وقال ابن عبد البر : أجمع العلماء على القول بهذا الحديث ، قال : ولا يجوز عند جميعهم نكاح المرأة على عمتها ، وإن علت، ولا على ابنة أختها وإن سفلت ولا على خالتها وإن علت ، ولا على ابنة أختها وإن سفلت .

قال : والرضاعة في ذلك كالنسب ولا خلاف فيه للفقهاء ونقل عن الروافض والخوارج والظاهرية وعثمان السني أنه يجوز الجمع بين المرأة وعمتها وبينها وبين خالتها، ورد عليهم بما ذكرنا .

فإن قلت: ما الحكمة في النهي عن ذلك ؟

قلت: قال بعضهم : لما فيه من قطيعة الرحم ، وبه جزم الرافعي، واستدلوا على ذلك بما رواه ابن حبان في صحيحه من رواية حريز أن عكرمة حدثه عن ابن عباس قال : « **نهى رسول الله ﷺ أن تزوج المرأة على المرأة ، والخالة** » قال : « **إنكن إذا فعلتن ذلك قطعتن أرحامكن** » ومن قال بهذا يجري الحكم إلى الأقارب كلها بهذا المعنى فلا يجوز الجمع عندهم بين المرأة وقريبتها سواء كانت عمة أو خالة أو بنت عمة أو بنت خالة أو بنت عم أو بنت خال .

وهكذا يروى عن إسحاق بن طلحة وعكرمة وقتادة وجابر بن زيد ، واختلفت الرواية فيه عن عطاء بن أبي رباح فروى ابن أبي نجيح عنه موافقة الجمهور، وهو الصحيح عنه ، وحكي عن

(١) قال الهيثمي في المجمع (٤/ ٢٦٣) : رواه البزار والطبراني في الكبير والأوسط ورجال البزار ثقات .

(٢) قال الهيثمي : رواه الطبراني وفيه موسى بن عبيدة الربذي وهو ضعيف . (المصدر السابق) .

مالك أن غيره أحسن منه واقتصر الجمهور على تحريم ما ورد به الخبر ، وقال شيخنا زين الدين : ليست الحكمة فيه قطيعة الرحم ، بل المعنى فيه كما رجحه ابن عبد البر هو المعنى في تحريم الجمع بين الأختين، وذلك لأن أحد الأختين لو كان ذكرًا لا يحل له نكاح الأخرى ، فكذلك من هو بمنزلة الأختين كالعمة والخالة وبنت الأخت وليس كذلك بنت العم ، وبنت العمة ، وبنت الخال، وبنت الخالة، فإنه لو كان إحداهما ذكرًا يحل له نكاح الأخرى .

وقد روي هذا المعنى عن الصحابة فيما ذكر ابن عبد البر من رواية معتمر بن سليمان عن فضيل بن ميسرة عن أبي حريز عن العتبي قال : كل امرأتين إذا جعل موضع إحداهما ذكرًا لم يحل له أن يتزوج بالأخرى ، فالجمع بينهما باطل، فقلت له : عمن هذا ؟ فقال : عن أصحاب رسول الله ﷺ ، وأبو حريز بفتح الحاء المهملة وكسر الراء، وفي آخره زاي واسمه عبد الله بن حسين وهو قاضي سجستان ، واختلف في الاحتجاج به فضعفه الجمهور ، ويحيى بن سعيد القطان ، وأحمد، وأبو داود، والنسائي ، وابن معين في رواية ووثقه في أخرى ووثقه أبو زرعة أيضًا، ولم يحتج به الشيخان ، وعلق له البخاري ، وأخرج له ابن حبان في «صحيحه» .

م: (**ولا يجمع بين امرأتين لو كانت إحداهما ذكرًا لم يجز له أن يتزوج الأخرى**) ش: قال الأترازي : لو قال : لو كانت كل واحدة منهما رجلاً كما هو في لفظ بعض القدوري لكان أولى لأن الشرط أن يتصور الرجل من كل جانب لا من جانب واحد وإلا ينتقض هذا الكلي بالمسألة التي تليه، وهي مسألة الجمع بين المرأة وبنت زوج كان لها من قبل ، ثم إن الشراح قالوا في صورة قوله : ولا يجمع بين امرأتين . . . . إلى آخره ، كالمرأة وعمتها فإن كل واحدة منهما لو فرضت ذكرًا حرم العقد بينهما، لأنه لو فرضت المرأة ذكرًا يحرم عليه نكاح عمته ، ولو فرضت العمة ذكرًا يحرم عليه نكاح بنت أخيه، فإذا لم يحرم الجمع بينهما إلا من جهة واحدة جاز الجمع بينهما كما إذا جمع بين امرأة وبين بنت زوج كان لها من قبل لأن إحداهما لو كان رجلاً وهي الزوجة جاز له أن يتزوج الأخرى فلم يعم التحريم .

وقال زفر - رحمه الله تعالى - : لا يجوز كما في الصورة الأولى ، وهو مذهب ابن أبي ليلى والحسن البصري ، وعكرمة ، وفي الينابيع : إن كان النكاح لا يحل على كلا التقديرين لا يحل له أن يجمع بينهما بنكاح ولا بملك يمين وطئًا ولا بالمس بشهوة ولا بالتقبيل ، وإن كان يحل إلى إحدى التقديرين دون الآخر يحل عند الجمهور خلافًا لزفر - رحمه الله تعالى .

وفي المجتبى : لفظ المصنف : لو كانت كل واحدة منهما رجلاً لم يجز أن يتزوج بالأخرى ، ولما وقع في بعض النسخ : لو كانت إحداهما رجلاً سهوًا وقع من الكاتب، لأنه ينتقض بالمسألة التي تليها ، وإنما قال هذا لما عرف من دأب هذا الكتاب أن يذكر أصلاً جامعًا يخرج منه المسائل .

لأن الجمع بينهما يفضي إلى القطيعة والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع ، ولو كانت الحرمة بينهما بسبب الرضاع يحرم لما روينا من قبل . ولا بأس بأن يجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل ؛ لأنه لا قرابة بينهما ولا رضاع . وقال زفر- رحمه الله -: لا يجوز لأن بنت الزوج لو قدرتها ذكراً لا يجوز له التزوج بامرأة أبيه. قلنا : امرأة الأب لو صورتها ذكراً جاز له التزوج بهذه، والشرط أن يصور ذلك من كل جانب.

م :(**لأن الجمع بينهما**) ش: أي الجمع بين امرأتين لو كانت إحداهما رجلاً م :(**يفضي إلى القطيعة**) ش: أي قطيعة الرحم، والمحرم والقطع لأن المعاداة عادة بين الضرائر م :(**والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع**) ش: أي القرابة إذا كانت ممن يحرم النكاح بها يحرم قطعها لأنه يفترض وصلها .

والنكاح سبب لقطعها لجواز أن لا ينقطع ؛ الزوج فيما يأمر وينهى ، فيؤدي إلى التشاجر كما هو العادة ، وهو سبب للقطع والجمع بينهما يؤدي إلى القطيعة أيضًا بل القطيعة هنا أكثر ، وقال صدر الشريعة : يعني أن حرمة النكاح ثمة كحرمة القطيعة حتى لا يؤدي إلى استذلالها ، فإن النكاح رق .

م :(**ولو كانت الحرمة بينهما بسبب الرضاع يحرم**) ش: بينهما ، كما في النسب م :(**لما روينا من قبل**) ش: وهو قوله ﷺ : « **يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب** »[1] ، وقد مر عند قوله تعالى : ﴿ **وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة** ﴾ (النساء : الآية ٢٣) .

م :(**ولا بأس بأن يجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل**) ش: ، وقال الأترازي : أراد بابنة الزوج ابنته من امرأة أخرى ، وقوله : كان لها من قبل صيغة نكرة ، وهي الزوج ، والضمير في لها يرجع إلى المرأة ، وبه قال الأئمة الأربعة ، ويرى به العلماء .

م :(**لأنه لا قرابة بينهما**) ش: أي بين هذه المرأة وبنت زوج كان لها من قبل م :(**ولا رضاع**) ش: لأن المانع من الجمع قرابة بين المرأتين أو ما يشبه القرابة في الحرمة كالرضاع ، وذلك غير موجود فيهما .

م :(**وقال زفر - رحمه الله - : لا يجوز**) ش: وهو قول الحسن البصري وعكرمة وابن أبي ليلى م :(**لأن بنت الزوج لو قدرتها ذكرًا لا يجوز له التزوج بامرأة أبيه . قلنا : امرأة الأب لو صورتها ذكرًا جاز له التزوج بهذه**) ش: أي بهذه البنت .

م :(**والشرط أن يصور ذلك من كل جانب**) ش : كما كان في الأختين كذلك ، لأن ذلك هو المنصوص عليه ، وما نحن فيه فرع عليه ، فيجب أن يكون الفرع على وفاق الأصل .

---

(١) صحيح : تقدم تخريجه .

قال: ومن زنى بامرأة حرمت عليه أمها وبنتها . وقال الشافعي- رحمه الله - : الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لأنها نعمة فلا تنال بالمحظور . ولنا أن الوطء سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف

وقد صح أن عبد الله بن جعفر جمع بين امرأة علي وابنته ، قال السروجي : ذكر البخاري أن عبد الله بن جعفر جمع بين ابنة علي ، وامرأة علي - رضي الله تعالى عنهم- عن ابن عباس أنه جمع بين امرأة رجل وابنته من غيرها ، رواه الدارقطني .

وكذلك رواه الدارقطني عن رجل من أهل مصر كانت له صحبة يقال له : جيلة أنه جمع امرأة رجل وابنته من غيرها . وفي «المغني» : لو كان لرجل ابن من غير زوجته، ولها بنت من غيره أو كان له بنت ولها ابن جاز تزوج أحدهما من الآخر في قول عامة العلماء .

وحكي عن طاوس كراهيته إذا كان ممن ولدته المرأة بعد وطء الزوج لها، والأول أولى لعموم الآية ، ومتى ولدت المرأة من ذلك الزوج ولداً صار عمًا لولدها وخالاً، وإذا تزوج امرأة وزوج ابنه أمها جاز، وإذا ولد لكل واحد منهما ولد كان ولد الأب عم ولد الابن خال ولد الأب.

م :(**ومن زنى بامرأة حرمت عليه أمها وبنتها**) ش: وهو قول عمر وعمران بن الحصين ، وابن مسعود ، وجابر بن عبد الله ، وأبي بن كعب ، وعائشة ، وابن عباس في الأصح، وبه قال الحسن البصري، وعامر الشعبي ، وإبراهيم النخعي ، وعبد الرحمن الأوزاعي ، وطاوس ومجاهد ، وعطاء .

وقال أبو بكر بن أبي شيبة في «مصنفه» : وهو قول سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار ، وسالم ، وحماد، والثوري، وإسحاق بن راهويه ، وأحمد بن حنبل ، ومالك في «المدونة» ، عن ابن القاسم .

م :(**وقال الشافعي : الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة**) ش: هو قول ابن عباس في رواية عروة ، والزهري، وأبي ثور ، وابن المنذر، ورواه مالك في «الموطأ» . وقال شهاب الدين القرافي : وهو رواية غير مشهورة عنه ، ذكر ذلك في «الذخيرة» ، وإن لاط برجل لا يحرم عليه أمه ، ولا بنته عندنا ، وبه قال عامة العلماء .

وقال عبد الله بن الحسن والأوزاعي والثوري وابن حنبل - في رواية- : تحرم أمه وبنته عليه ، وقال الحسن بن صالح : يكره ، ولو مسه بشهوة أو قبله لا يحرم عليه أمه ولا بنته بالإجماع م :(**لأنها نعمة فلا تنال بالمحظور**) ش: أي لأن المصاهرة نعمة فلا تنال بالمحظور الحرام.

م :(**ولنا أن الواطء سبب الجزئية**) ش: أي بين الواطئ والموطوءة، يعني يصيران كشخص واحد م :(**بواسطة الولد**) ش: حتى لا يحل للزانية أن تتزوج أب الزاني ولا ابنه م :(**حتى يضاف**)

إلى كل واحد منهما كملاً فتصير أصولها وفروعها كأصوله وفروعه ، وكذلك على العكس . والاستمتاع بالجزء حرام إلا في موضع الضرورة وهي الموطوءة، والوطء محرم من حيث إنه زنا

ش: أي الولد .

م :(**إلى كل واحد منهما**) ش: أي من الزاني والزانية ، حتى يقال : ابن فلان ، وابن فلانة ، م :(**كملاً**) ش: على وجه الكمال إضافة حقيقية وعرفًا وهذه علة ثبوت الجزئية بين الواطئ والموطوءة .

فإن قيل : ما ذكرتم أن الولد يضاف إلى كل واحد كملاً ممنوع ، لأنه ليس بولد .

قلت: يضاف إليه ألا ترى أنه عليه السلام أثبت للزاني الحجر .

وجعل كمل الولد منسوبًا إلى صاحب الفراش بقوله : « **الولد للفراش ، وللعاهر الحجر** » وإضافة الولد إلى كل واحد منهما ليست بطريق الحقيقة ، بل بعضها يضاف إليه حقيقة وبعضه مجازًا ، والولد مخلوق من مائهما ، فكان البعض متولدًا من أحدهما ، والبعض متولد من الآخر ضرورة ، لأن الماءين لما اختلطا حصلت المجاورة بينهما ، والمجاورة من طريق المجاز .

يقال : جرى النهر وسال الميزاب ، فكذا هذا ، أجيب : بأن الولد يضاف إلى كل منهما والأصل أن الاستعمال بطريق الحقيقة لا بطريق المجاز ، ولأن هذا إضافة واحدة إلى شخص واحد وقد حملت الحقيقة في البعض فلا يجوز حملها على المجاز في البعض الآخر ؛ لأن اللفظ الواحد لا يطلق على الحقيقة والمجاز في الحالة الواحدة .

م :(**فتصير أصولها**) ش: هذه نتيجة قوله : حتى يضاف إلى كل واحد منهما فتصير أصول الموطوء م :(**وفروعها كأصوله وفروعه**) ش: أي كأصول الواطئ وفروعه ، وأراد بالأصول آباءهما وبالفروع أولادهما في الحل والحرمة .

م :(**وكذلك على العكس**) ش : أي وكذلك تصير أصوله وفروعه كأصولها وفروعها والاستمتاع بالجزء حرام ، هذا جواب عما يقال : لو كان الأمر كذلك لكانت الحرمة ثابتة في نفس المرأة الموطوءة ؛ لأنها حينئذ جزء الواطئ .

فأجاب بقوله: م :(**والاستمتاع بالجزء حرام إلا في موضع الضرورة وهي الموطوءة**) ش: لأنها لو قيد بحرمتها لما حلت امرأة فيؤدي إلى إبطال المقصود من شرع النكاح وهو التوالد والتناسل ، فمعنى الضرورة لم يعتبر ذلك هنا كما حلت حواء لآدم عليهما السلام .

وقد خلقت منه حقيقة فحلت له ضرورة وحرمت ابنتها م : (**والوطء محرم**) ش: بكسر الراء جواب عن قوله : فلا ينال بالمحظور ، وتقديره أن يقال : إن الوطء حرام م : (**من حيث إنه زنا**

لا من حيث إنه سبب الولد .

لا من حيث إنه سبب الولد) ش: وفي بعض النسخ والوطء محرم من حيث إنه سبب الولد ، لا من حيث إنه زنا ، والذي يظهر من كلام الشراح هنا أن هذه النسخة هي الصحيحة .

فإن الأكمل قال : بيانه أن الوطء ليس سبب الحرمة من حيث ذاته ، ولا من حيث إنه زنا ، وإنما سبب لها من حيث إنه سبب للولد أقيم مقامه كالسفر مع المشقة ولا عدوان ولا معصية للسبب الذي هو الوطء ، لعدم اتصافه بذلك ، لا يقال : ولد عصيان ولا عدوان ، والشيء إذا قام مقام غيره يعتبر فيه صفة أصله لا صفة نفسه كالتراب في التيمم .

وقال الشبلي : لا عدوان ولا عصيان في المسبب الذي هو الولد ، فكذا لا عصيان في المسبب الذي قام مقامه في ذلك الوجه وهو الزنا ، لأن وصف النائب إنما يوجد في وصف المنوب كما في التيمم مع الوضوء .

وقال الكاكي : معنى ابتناء الحرمة بالوطء بواسطة أنه سبب للماء ، والماء سبب للولد ، ووجود الولد هو الأصل في الإعتاق باعتبار أنه جزء لوالدين ولا عصيان فيه ، فكان الوطء قائمًا مقام الماء نظرًا لكون الماء مطهرًا وسقط وصف التراب ، انتهى .

فإن قلت: قال الشافعي : النكاح أمر حمدت عليه ، والزنا فعل رجمت عليه ، فأنى يكون سببًا للنعمة ، ألا ترى أنه لا يثبت به النسب ولا العدة ، فكذا جهة المصاهرة، لأنه لو كان سببًا للنعمة يفضي إلى تكثير الزنا .

واستدل أيضًا بقوله ﷺ : « **الحرام لا يحرم الحلال** » هكذا رواه ابن عباس - رضي الله تعالى عنهما -[(١)] وروى أبو هريرة - رضي الله عنه- أنه ﷺ سئل عمن زنى بامرأة ثم تزوج بأمها ، فقال ﷺ : « **لا يحرم الحرام الحلال** » **وقالت عائشة - رضي الله تعالى عنها - :** سألت رسول الله ﷺ عن رجل أتى امرأة فجوراً ثم تزوج بنتها ، فقال ﷺ : « **لا يحرم الحرام الحلال** »[(٢)] .

(١) رواه البيهقي (٦/ ١٦٨) ، عن عبد الوهاب بن عطاء أنبأنا هشام الدستوائي وسعيد عن قتادة عن يحيى بن يعمر عن ابن عباس موقوفًا وهو ضعيف ، فيه قتادة وقد عنعنه وهو مدلس ، وما يخشى من إرسال يحيى بن يعمر .

(٢) رواه البيهقي (٧/ ١٦٨) ، عن الهيثم بن اليمان ثنا عثمان بن عبد الرحمن عن الزهري عن عروة عن عائشة . . . مرفوعًا .

ثم قال : تفرد به عثمان بن عبد الرحمن الرقاشي هذا وهو ضعيف ، والصحيح عن ابن شهاب الزهري عن علي . . . مرسلاً موقوفًا عنه . ورواه ابن ماجة [٢٠١٥] عن إسحاق الفروي ثنا عبد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر . . . مرفوعًا ، وفيه عبد الله بن عمر وهو ضعيف ، وروي عن ابن مسعود موقوفًا وفيه جابر الجعفي وهو متهم . ولا يصح هذا الحديث مرفوعًا ولا موقوفًا والله أعلم .

ومن مسته امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها . وقال الشافعي -رحمه الله - :لا تحرم، وعلى هذا الخلاف مسه امرأة بشهوة ونظرها إلى ذكره عن شهوة

قلت: أجيب بأن عدم ثبوت النسب به لكون المقصود من النسب الشرف به ، ولا يحصل ذلك بالنسبة إلى الزاني وعدم وجوب العدة لكون وجوبها في الأصل وباعتبار حق النكاح والفراش ، وبين النكاح والسفاح منافاة ، فبانعدام الفراش ينعدم السبب الموجب للعدة .

واستدلاله بالحديث لا يصح إلا ما لا يجعل الحرام محرمًا للحلال ، وإنما تثبت الحرمة باعتبار أن الفعل حرمة للولد ، وحرمة هذا الفعل لكونه زنى ، مع أن هذا الحديث غير مجري على ظاهره .

فإن كثيرًا من الحرام يحرم الحلال ، كما إذا وقعت قطرة من خمر في الماء ، وكالوطء بالشبهة ، ووطء الأمة المشتركة ، ووطء الأب جارية الابن ، هذا كله حرام حرم الحلال .

وفي حديثهم الأول عثمان بن عبد الرحمن الرقاشي ، قال يحيى بن معين : كان يكذب ، وقال البخاري، وأبو داود ، والنسائي : ليس بشيء ، وقال الدارقطني : متروك .

وقال ابن حبان : يروي الموضوعات عن الثقات لا يجوز الاحتجاج به . وأما الحديث الآخر فضعيف ، فقال أحمد : حديثهم من كلام ابن أشرح بعض قضاة العراق ، وقيل : من قول ابن عباس وكبار أصحابه خالفوه في ذلك .

م : (**ومن مسته امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وبنتها**) ش: وفي جميع التفاريق سواء كان ذلك المس عمدًا أو خطأ أو ناسيًا أو طائعًا أو مكرهًا ، إذا اشتهى ، وفي «القنية» : لو قال : لم أشته لم يصدق .

وقال الكاكي : سواء كان اللمس حلالاً أو حرامًا ، وبه قال الشافعي في قول ، ومالك في الحلال ، فإنه ذكر في «المبسوط» : لو قبل أمة بشهوة لا يتزوج بنتها ، وكذا لو قبل امرأته بشهوة ثم ماتت قبل الوطء لا يتزوج بنتها .

م :(**وقال الشافعي : لا تحرم**) ش: في قول ، وبه قال أحمد سواء كان في الحلال أو الحرام م:(**وعلى هذا الخلاف**) ش: المذكور بيننا وبين الشافعي م :(**مسه امرأة بشهوة**) ش: أي مس الرجل امرأته بشهوة م :(**ونظرها إلى ذكره عن شهوة**) ش: وكذا في الخلاف في التقبيل والمفاخذة .

وقال أبو الليث - رحمه الله تعالى - : في مسها له تأويل المسألة أنه إذا صدق الرجل المرأة أنها مسته بشهوة ، ولو كذبها ولم يقع في أكبر رأيه أنها فعلت عن شهوة ينبغي أنه لا تحرم عليها أمها وابنتها ، كذا في «جامع قاضي خان» و«المحبوبي» .

وفي «المجتبى» : تثبت حرمة المصاهرة بمسها إذا كانت مشتهاة وهي بنت سبع سنين

له أن المس والنظر ليسا في معنى الدخول ، ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والإحرام ووجوب الاغتسال فلا يلحقان به . ولنا أن المس والنظر سبب داع إلى الوطء فيقام مقامه في موضع الاحتياط

فصاعدًا، ولا تثبت في بنت الخمس، وفيما بين الخمس والتسع، وقال أبو الليث : تكلموا في الثمان والسبع والست . والغالب أنها لا تشتهى ما لم تبلغ تسع سنين، وقال الشهيد في كتاب «البينات» وعليه الفتوى .

م :(**له**) ش: أي للشافعي م :(**أن المس والنظر ليسا في معنى الدخول، ولهذا**) ش: أي لكونهما ليسا في معنى الدخول م :(**لا يتعلق بهما**) ش: أي بالمس والنظر، أي فلا يلحق المس والنظر به م:(**فساد الصوم والإحرام ووجوب الاغتسال فلا يلحقان به**) ش: أي بالدخول، لأن الملحق لابد أن يكون في معنى الملحق به .

م :(**ولنا أن المس والنظر سبب داع إلى الوطء فيقام**) ش: أي السبب الداعي إلى الوطء م:(**مقامه**) ش: أي مقام الوطء م :(**في موضع الاحتياط**) ش:، وهذا لأنا وجدنا لصاحب الشرع يزيد اعتناء في حرمة الأبضاع .

ألا ترى أنه أقام بشبهة البعضية بسبب الرضاع مقام حقيقتها في إثبات الحرمة دون سائر الأحكام من التوارث ومنع موضع الذكورة ، ومنع قبول الشهادة ، فأقمنا السبب الداعي مقام المدعو احتياطًا وفساد الصوم والإحرام .

ووجوب الاغتسال ليس من باب حرمة الأبضاع حتى يقوم السبب فيه مقام الوطء ، ونوقض بأن ما ذكرتم إن كان صحيحًا قام النظر إلى جمال المرأة مقام الوطء في ثبوت الحرمة لكونه سببًا داعيًا إليه .

أجيب: بأن النظر إلى الفرج المحرم وهو ما يكون نظرًا إلى داخل الفرج بأن كانت ممكنة وهو لا يحل إلا في الملك ، والظاهر من ذلك أنها لا تكون على هذه الحالة في خلوة الأجانب .

قال الأكمل : فانظر بعد هذا في أن النظر إلى الجمال الحلال في الملك وغير [. . .] ولا هل يكون داعيًا إلى الوطء دعوة النظر ذلك إليه أو لا ؟ لا أراك قائلاً بذلك إلا مكذبًا. انتهى ، قال الكاكي هنا : ولنا حديث أم هانىء - رضي الله عنها - عن رسول الله ﷺ : « **من نظر إلى فرج امرأة حرمت عليه أمها وابنتها** » .

وفي حديث : « **ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها** » ، وعن عمر - رضي الله تعالى عنه - أنه جرد جارية له ونظر إليها ثم استوهبها منه بعض بنيه ، فقال : أما إنها لا تحل لك .

وعن ابن عمر - رضي الله تعالى عنه - أنه قال : إذا جامع الرجل المرأة أو قبلها أو لمسها

بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها ، انتهى .

قلت: حديث أم هانىء أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» ، وقوله في الحديث : ملعون إلى آخره أخرجه الجرجاني ، وعن إبراهيم : كانوا يقولون : إذا اطلع الرجل من المرأة على ما لا يحل له أو لمسها بشهوة فقد حرمت عليه جميعًا .

وعن عطاء وإبراهيم والحكم والحماد وابن أبي سليمان ومجاهد وجابر بن زيد وابن المسيب مثله ، وعن ابن منبه قال : في التوراة التي أنزل الله على موسى عليه السلام: أنه لا يكشف رجل امرأة وابنتها إلا وهو ملعون ، ذكر ذلك كله ابن أبي شيبة في «مصنفه» .

م :(**ثم إن المس بشهوة أن تنتشر الآلة**) **ش**: هذا تعريف المس بشهوة وهو أن تنتشر الآلة يعني إذا لم تكن منتشرة قبل النظر والمس م :(**أو تزداد انتشارًا**) **ش**: إذا كانت منتشرة قبل ذلك .

م :(**هو الصحيح**) **ش**: احترز به عن قول كثير من المشايخ بحيث لم يشترطوا انتشارًا ، وجعلوا حد الشهوة أن يميل قلبه إليها ويشتهي جماعها ، واختار المصنف قول شمس الأئمة السرخسي .

وقول شيخ الإسلام في «المحيط» : والأصح قول كثير من المشايخ المذكور ، وإن كان شيخًا أو عنينًا فحد الشهوة فيه أن يتحرك قلبه بالاشتهاء إن لم يكن متحركًا ولا يعتبر مجرد الاشتهاء ، وهكذا ذكره السرخسي -رحمه الله تعالى- وحكي عن محمد بن إبراهيم الميداني أنه كان يميل إلى هذا .

وفي «الذخيرة» : لا تثبت هذه الحرمة بالنظر إلى سائر الأعضاء غير الفرج ، وإن كان عن شهوة ، وقال الصفار : إن كان لا يشتهي بقلبه لعلو سنه ، فإن مس مقدار ما لو كان شابًا تنتشر آلته تثبت الحرمة .

وكان الفقيه محمد بن مقاتل الرازي لا يعتبر تحرك القلب ، وإنما يعتبر تحرك الآلة، وكان لا يفتي بثبوت الحرمة في الشيخ الكبير والعنين والذي ماتت شهوته حتى تتحرك آلته لماسته .

وروى ابن رستم عن محمد أنه إذا لمسها بشهوة فلم ينتشر عضوه أو كان منتشراً، فلم يزدد انتشاراً وهو لامسها بعد، وإن كان بينهما ثوب رقيق يجد حرارة الملموس في يده تثبت الحرمة .

وفي «طلاق المنتقى» للحسن بن زياد عن أبي يوسف : إذا لمس شهوة من جسد أم امرأته من فوق الثياب عن شهوة وهو يجد من جسدها حرارة حرمت عليه امرأته ، وكذا مس رجلها فوق الكعب أو مس ساق الخف وأسفل الخف .

والمعتبر النظر إلى الفرج الداخل ، ولا يتحقق ذلك إلا عند اتكائها ، ولو مس فأنزل فقد قيل : إنه يوجب حرمة المصاهرة

وروى إبراهيم عن إبراهيم عن محمد أن النظر إلى دبر المرأة موضع الجماع ، ثم النظر إلى فرج المرأة ثم رجع ، وقال : لا يحرم إلا النظر إلى الفرج من داخل ، ومثله عن أبي يوسف -رحمه الله .

وقيل : الشهادة على إقراره بالمس والتقبيل بشهوة ، وهل يقبل على ذلك بغير إقراره ، قيل : لا يقبل ، وإليه مال محمد بن الفضل لأنه لا يوقف على ذلك ، وقيل : يقبل وإليه مال علي البزدوي .

وفي «نوادر ابن سماعة» عن أبي يوسف : رجل نظر إلى بنته من غير شهوة فتمنى أن يكون له جارية مثلها فوقعت له شهوة مع وقوع نظره ، فإن كانت الشهوة على ابنته حرمت عليه امرأته ، وإن كانت على ما تمنى لم تحرم .

وفي «واقعات الناطفي» و«المحيط» : أقام امرأته عن فراشه ليجامعها ومعها ابنتها فوصلت يده إليها فقرصها بأصبعه يظن أنها امرأته وهي تشتهى ، حرمت عليه امرأته ، وإن كان يحسبها امرأته ، لأنه مسها بشهوة ، ولا يشترط بلوغها ، ويشترط أن تكون مشتهاة .

وعن محمد بن الفضل : بنت تسع مشتهاة من غير تفصيل ، وبنت خمس فما دونها غير مشتهاة ، وبنت ثمان وسبع وست إن كانت عبلة ضخمة كانت مشتهاة وإلا فلا . وفي «الينابيع» : لو جامع ابنة امرأته فأفضاها وأفسدها لا تحرم عليه أمها .

وقال أبو يوسف : أكره له الأم والبنت ، وفي «المحيط» : تحرم عليه أمها ، وقال محمد : التنزه أحب إليّ ، ولا فرق بينهما ، ولو وطء جارية ابنته من الزنا فولدت منه لا تصير أم ولد له بالاتفاق ، وسئل ابن سلمة عن امرأة أدخلت ذكر صبي في فرجها وهو ليس من أهل الجماع ، قال : تثبت به حرمة المصاهرة .

م :(**والمعتبر النظر إلى الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك**) ش: أي النظر إلى داخل الفرج م :(**إلا عند اتكائها**) ش: إلا إذا كانت متكئة ، أما إذا كانت قاعدة مستوية أو قائمة ، ونظر إليها لا تثبت حرمة المصاهرة لأن هذا الحكم متعلق بالفرج ، والداخل فرج من كل وجه ، والخارج فرج من وجه دون وجه لأن الاحتراز من النظر إلى الفرج الخارج متعذر ، فسقط اعتباره . وعن أبي يوسف : لو نظر إلى بيت الشعر ثبت حرمة المصاهرة ، وقال محمد : لا يثبت حتى ينظر إلى الشعر ذكره قاضي خان .

م :(**ولو مس فأنزل فقد قيل : إنه يوجب حرمة المصاهرة**) ش: وبه كان يفتي شمس الإسلام

والصحيح أنه لا يوجبها لأنه بالإنزال تبين أنه غير مفض إلى الوطء ، وعلى هذا إتيان المرأة في الدبر .

الأوزجندي ، ووجهه أن مجرد المس بشهوة يثبت الحرمة ، وهذه إن كانت توجب زيادة حرمة لا توجب خلافها .

م :(**والصحيح أنه لا يوجبها**) ش: هذا اختيار المصنف وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي والإمام فخر الإسلام .

م :(**لأنه بالإنزال تبين أنه غير مفض إلى الوطء ، وعلى هذا**) ش: أي على هذا الخلاف م :(**إتيان المرأة في الدبر**) ش: أي دبر المرأة ، أما لو لاط بغلام لا يوجب ذلك حرمة عند عامة العلماء ، وقد ذكرناه فيما مضى .

وقال الشافعي : لو أتى امرأته بنكاح صحيح أو فاسد في دبرها أو أمته في دبرها تثبت به حرمة المصاهرة فيه قولان، ثم الإتيان في دبر المرأة حرام بإجماع الفقهاء .

وروي عن ابن عبد الحكم عن الشافعي أنه قال : لم يصح تحريمه عندنا عن النبي ﷺ ، والقياس أنه حلال ، فقال ابن الربيع : كذب ابن عبد الحكم، فإن الشافعي نص على تحريمه .

وقال شيخنا في «شرح الترمذي» له : قد انعقد الإجماع آخرًا على تحريم إتيان المرأة في الدبر ، وإن كان فيه خلاف قديم قد انقطع ، وكل من روي عنه إباحته فقد روي عنه إنكاره .

فأما القائلون بتحريمه من الصحابة ، فعلي بن أبي طالب ، وابن عباس ، وأبي هريرة ، وأبي الدرداء ، وابن مسعود، ومن التابعين : سعيد بن جبير ، ومجاهد ، وعكرمة ، وإبراهيم النخعي ، وسعيد بن المسيب ، وطاوس، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ، وسفيان الثوري، والشافعي، وآخرين من أهل العلم.

قال الشيخ : ولم يختلف فيه أحد من الصحابة إلا ابن عمر ولا من التابعين إلا نافع، وأما ابن عمر - رضي الله تعالى عنهما - فروى النسائي في «سننه الكبرى» من طريق مالك قال : أشهد على ربيعة حدثني عن سعيد بن يسار أنه سأل ابن عمر عن ذلك . فقال : لا بأس به .

وقد صح عن ابن عمر أيضًا إنكار ذلك فيما رواه النسائي في «سننه الكبرى» من طريق مالك قال : أشهد من رواية الحارث بن يعقوب عن سعيد بن يسار قال : قلت لابن عمر : إن متسري الجواري يتحمض لهن ، قال : وما التحميض ، قال : يأتيهن في أدبارهن ، قال ابن عمر : أو يفعل هذا مسلم ؟!

وروى الثعلبي في «تفسيره»من رواية عطاف بن موسى عن عبد الله بن الحسن عن أبيه أنه حكي عن مالك إباحة ذلك ، وأنكره أصحابه .

وإذا طلق امرأته طلاقاً بائناً أو رجعياً لم يجز له أن يتزوج بأختها حتى تنقضي عدتها . وقال الشافعي -رحمه الله- : إن كانت العدة عن طلاق بائن أو ثلاث يجوز لانقطاع النكاح بالكلية إعمالاً للقاطع ، ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد . ولنا أن نكاح الأولى قائم لبقاء بعض أحكامه كالنفقة والمنع من الخروج والفراش والقاطع تأخر عمله ولهذا بقي لو وطيء القيد. والحد لا يجب على إشارة كتاب الطلاق،

م :(**وإذا طلق امرأته طلاقًا بائنًا أو رجعيًا لم يجز له أن يتزوج بأختها حتى تنقضي عدتها**) ش: وكذا لا يتزوج بأربع سواها ، ولا بعمتها ، ولا بخالتها ، ولا ببنت أختها ، وكذا الفسخ بعد الدخول بها حتى تنقضي عدتها يروى ذلك عن علي ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وزيد بن ثابت - رضي الله تعالى عنهم - ، وبه قال سعيد بن المسيب ، وعبيدة السلماني ، ومجاهد ، والنخعي ، والثوري ، وابن حنبل ، ذكر ذلك في «المغني» .

م :(**وقال الشافعي : إن كانت العدة عن طلاق بائن أو ثلاث يجوز**) ش: وقال [به] مالك وابن أبي ليلى وأبو ثور وابن عبيد وابن المنذر ، ويروى عن القاسم بن محمد وعروة م :(**لانقطاع النكاح بالكلية إعمالاً للقاطع**) ش: وهو الطلاق البائن والثلاث .

م :(**ولهذا**) ش: أي لأجل انقطاع النكاح بالكلية إعمالاً للقاطع ، ولهذا م :(**لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد**) ش: ولو جاءت بولد لأكثر من سنتين لم يثبت النسب ، ولو بقيت بينهما علقة النكاح لسقط به الحد، ويثبت النسب .

وإنما العدة واجبة لأنه من محرم لا لأنها من حقوق النكاح حتى لا يجب بدون توهم الدخول، فكما كان من العدة حق النكاح لا يعتبر توهم الدخول كعدة الوفاة ، كذا في «المبسوط» .

م :(**ولنا أن نكاح الأولى**) أي المرأة الأولى ، وفي بعض النسخ النكاح الأول م :(**قائم لبقاء بعض أحكامه كالنفقة والمنع من الخروج**) ش: من المسلم .

م :(**والفراش**) أي وكالفراش وهو صيرورة المرأة بحال لو جاءت بولد ثبت النسب م:(**والقاطع**) ش: وهو الطلاق ، وهو جواب عن قول الشافعي : يجوز انقطاع النكاح بالكلية م:(**تأخر عمله**) ش: إلى زمان انقطاع العدة لبقاء حكم النكاح .

فلو لم يكن قائمًا حال العدة تخلف الحكم عن علته ، وهو باطل م :(**ولهذا لو وطئ المعتدة بقي القيد**) ش: أي في حق التزوج بزوج آخر، وفي حق الخروج والبروز في العدة ، والحد كما يجب هذا جواب عن قوله : ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد .

م :(**والحد لا يجب على إشارة كتاب الطلاق**) ش: معنى إشارته ما ذكر في باب ثبوت

وعلى عبارة كتاب الحدود : يجب ؛ لأن الملك قد زال في حق الحل فيتحقق الزنا ولم يرتفع في حق ما ذكرنا فيصير جامعاً. ولا يتزوج المولى أمته ولا المرأة عبدها ؛

النسب ، أي الموطوءة إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين ، أو لتمام سنتين من بعد الطلاق فادعاه المطلق يثبت نسبه منه .

فدل على أن هذا شبهة في المحل ، والشبهة إذا كانت في المحل يستوي فيه العلم والظن في سقوط الحد عنه ، بخلاف الشبهة في الفعل ، فإن النسب لا يثبت بها أصلاً ، كما لو وطء جارية أبيه أو أمه أو زوجته ، وقال : ظننت أنها تحل لي .

م :(**وعلى عبارة كتاب الحدود : يجب**) ش: أي الحد م :(**لأن الملك قد زال في حق الحل ، فيتحقق الزنا**) ش: لوقوع الوطء في غير الملك فيجب الحد م :(**ولم يرتفع**) ش: أي **الملك** م :(**في حق ما ذكرنا**) ش: يعني من النفقة . والمنع والفراش وليس هذا إلا باعتبار الحكم بقيامه والنكاح في حق التزوج بالأخت احتياطًا في التعادي عن الجمع بين الأختين

وهو يعني قوله م :(**فيصير جامعًا**) ش: يعني إذا كان الملك قد زال في حق الحل ، وتزوج أختها يصير جامعًا بين الأختين .

فإن قلت: ما معنى ذكر لفظ الإشارة في عدم وجوب الحد ، ولفظ العبارة في وجوب الحد .

قلت: لأنها في المسألة الأولى التي ذكرنا صورتها ، وهي نسبه ، ويثبت نفيها إشارة إلى أن الوطء في عدة الثلاث لا يكون زنًا ، فلا يجب الحد .

وفي المسألة الثانية يفهم وجوب الحد من نفس العبارة ؛ لأنه وطء في غير الملك فصار زنًا وموجب الزنا الحد .

م :(**ولا يتزوج المولى أمته**) ش: سواء ملك كلها أو بعضها م :(**ولا المرأة عبدها**) ش: أي ولا تتزوج المرأة عبدها ، سواء ملكت كله أو بعضه ، وبهذا قالت الأئمة الأربعة ، وعليه الإجماع . وقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على بطلان نكاح المرأة عبدها ، انتهى . ونفاة القياس جوزوا ذلك ، واستدلوا بقوله تعالى : ﴿ **فانكحوا ما طاب لكم من النساء** ﴾ (النساء : الآية ٣) ، وقوله تعالى : ﴿ **مما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات** ﴾ (النساء : الآية ٢٥) .

والجواب : أن الآية المذكورة يعارضها قوله تعالى : ﴿ **وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم** ﴾ (النور : الآية ٣٢) ، خاطب الله تعالى الموالي بإنكاح الإماء لا بنكاحهن .

فإن قيل : الآية ساكتة عن نكاحهن ، والساكت ليس بحجة .

فالجواب : أن الموضع موضع ما يحتجن إليه من أمر النكاح ، والسكوت عن البيان في موضع يحتاج إلى البيان بيان .

لأن النكاح ما شرع إلا مثمراً بثمرات مشتركة بين المتناكحين والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة . ويجوز تزوج الكتابيات

م :(**لأن النكاح ما شرع إلا مثمراً بثمرات مشتركة بين المتناكحين**) ثمرته للزوجة وجوب المهر والكسوة والنفقة ووجوب الوطء عليه حكمًا ، وما بعدها وبأنه لا يحل له العزل بغير رضاها ، ولها الخيار بالجب والعنة ، وثمرته للزوج التمكين من نفسها، وقرارها في بيته . وأعمال داخل البيت من الطبخ وغسل ثيابه وتربية ولده منها وإرضاعها ، بمكان كل واحدة منهما مالكًا ومملوكًا ، وبينهما منافاة ، أشار إليه بقوله : م :(**والمملوكية تنافي المالكية**) لأن المالكية تقتضي الظاهرية ، والمملوكية تقتضي المقهورية، ولا خفاء في التنافي بينهما فإن كان كذلك .

م :(**فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة**) ش: لأن ملك أحدهما صاحبه ينفي وقوع الثمرة على الاشتراك ، وإذا انقطعت الشركة ينقطع الملك لأن الملك ما يثبت لعينه في باب النكاح ، وإنما يثبت لتحقق الثمرات .

فإن قيل : المالكية والمملوكية من جهتين مختلفتين فلا تنافي حينئذ .

فالجواب عنه: اختلاف الجهة ، لأن كون المرأة مالكة بجميع أجزائها إنما هو بالنسبة إلى العبد، فلم تختلف ، ولقائل أن يقول : المرأة بجميع أجزائها مالكة للعبد بجميع أجزائه .

وليست مالكة لمنافع بضعه فجاز أن يملك العبد بالنكاح على سيدته منافع بضعها ؛ لأن النكاح عقد على ملك منافع البضع وهو لم يكن من حيث منافع بضعه مملوكًا ، ولا المولى من حيث منافع بضعها مالكة، بل من حيث أجزائها .

م :(**ويجوز تزوج الكتابيات**) ش: جمع كتابية ، والذكر كتابي ، وهو الذي يؤمن بنبي ويقر بكتاب، ولا خلاف للأئمة الأربعة في جواز نكاح الكتابية الحرة ، وهي النصرانية واليهودية .

وممن آمن بزبور داود، وصحف إبراهيم وشيث عليهم السلام ، والسامرة من اليهود اختلفوا فيه ، ولكن قال الشافعي : ينبغي أن تكون إسرائيلية ، يعني من أولاد إسرائيل ، وهو يعقوب ﷺ ، وأما التمسك بكتب الأنبياء السالفة ، بصحف إبراهيم وموسى وإدريس لا يجوز نكاحهم ، كذا في «شرح الوجيز» .

وممن روي عنهم جواز حرائر أهل الكتاب عمر بن الخطاب ، وعثمان بن عفان ، وحذيفة ، وسلمان ، وجابر ، وغيرهم - رضي الله تعالى عنهم .

ويروى عن ابن عمر أنه كان لا يجوز نكاح الكتابية ، وقالت الإمامية : لا يجوز نكاح الكتابية إلا عند عدم المسلمة لاختلاف العلماء في كونهم مشركين ، قال الله تعالى : ﴿ **ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن** ﴾ (البقرة : الآية ٢٢١) ، أي حتى يسلمن من أهل الكتاب .

لقوله تعالى : ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب﴾ (المائدة: الآية٥) ، أي العفائف ولا فرق بين الكتابية الحرة والأمة على ما نبين بعد إن شاء الله تعالى : ولا يجوز تزويج المجوسيات،

واختلف أهل العلم أن لفظ الشرك يتناول أهل الكتاب ، فقال بعضهم : يتناوله لقوله تعالى : ﴿قالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله﴾ ش: (التوبة : الآية ٣٠) .

ثم قال في آخر الآية : ﴿ سبحانه عما يشركون ﴾ والأصح أن اسم الشرك مطلقًا لا يتناول أهل الكتاب لقوله تعالى : ﴿ ربما يود الذين كفروا لو كانوا مسلمين ﴾ (الحجر : الآية ٢) ، ﴿لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين ﴾ (البينة : الآية ١) ، والعطف يقتضي المغايرة ، والمطلق ينصرف إلى الكامل .

م :(لقوله تعالى : ﴿ والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب ﴾) ش : (المائدة : الآية ٥) أي الكتابيات من أحصنت إذا عفت ، وأحصنها زوجها إذا أعفها فهي محصنة بالفتح م:(أي العفائف) ش: فسر المصنف المحصنات بالعفائف ، وكذا فسر السدي والشعبي .

قال الأكمل : تفسيره بذلك احترازًا عن قول ابن عمر - رضي الله تعالى عنهما- ، فإنه فسره بالمسلمات ، وليست العفة شرطًا لجواز النكاح ، وإنما ذكرها بناء على العادة بدلالة الفرض .

وجه الاستدلال أن الله تعالى قال : ﴿ اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم ، والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب ﴾ (المائدة : الآية ٥) ، أي : وأحل لكم المحصنات من الذين أوتوا الكتاب فلا خفاء في دلالته على الحل ، والعفائف جمع عفيفة من عف عن الحرام يعف عفًا وعفة ، أي كف وهو عف وعفيف ، والمرأة عفة وعفيفة .

م :(ولا فرق بين الكتابية الحرة والأمة على ما نبين بعد إن شاء الله تعالى) ش : يعني بعد أسطر ، حيث قال : ويجوز تزويج الأمة .

وقال الكاكي : الأولى أن لا يتزوج الكتابية ، ولا تؤكل ذبيحتهم إلا للضرورة ، لما روي أن عمر - رضي الله تعالى عنه - غضب على حذيفة ، وكعب ، وطلحة غضبًا شديدًا ، فقالوا : انطلق يا أمير المؤمنين ولا تغضب ، وكان حذيفة بن اليمان تزوج يهودية ، وكذا كعب بن مالك ، وطلحة بن عبيد الله .

م :(ولا يجوز تزويج المجوسيات) ش: أي بإجماع الأئمة الأربعة ، وفقهاء الأمصار ، والصحابة ، وهي جمع مجوسية ، والذكر مجوسي ، والمجوس : يعبدون النار .

وفي «المبسوط » : لا يجوز نكاحها ؛ لأنها ليست من أهل الكتاب ، وذكر إسحاق في «تفسيره » : جواز نكاحها ، على ما روي عنه أن المجوس من أهل الكتاب ، وبه قال داود

لقوله عليه السلام : «سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم» . قال : ولا الوثنيات

الظاهري وأباح وطأهن بملك اليمين سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وعمرو بن دينار ، ومالك .

وقال السروجي : وأباح أبو ثور وداود الظاهري نكاح المجوسية ، وروي ذلك عن حذيفة ، وقال مرة الهمداني ، والحسن ، وإبراهيم ، وحماد : لا يطأ المجوسية حتى تسلم .

وبه قال الشافعي وأحمد ، قال أبو عمر بن عبد البر : عليه جماعة فقهاء الأمصار ، ولم يبلغنا إباحة ذلك إلا عن طاوس .

قلت: قد ذكرنا إباحة ذلك عن غير طاوس ، وقال السروجي : لا يجوز أنكحة عبدة الشمس والكواكب ، وكل من لا كتاب له ولا نكاح الزنادقة والمعطلة .

م :(**لقوله عليه السلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ : م :(**سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم**) ش: هذا الحديث بهذا اللفظ غريب ، وقال الأكمل : رواه عبد الرحمن ابن عوف ، قلت : ليست روايته هكذا ، ونذكر حديثه الآن كما ورد :

روى عبد الرزاق وابن أبي شيبة في «مصنفيهما» عن قيس بن مسلم عن الحسن بن محمد عن علي أن النبي ﷺ أتى مجوس هجر يعرض عليهم الإسلام فمن [أسلم] قبل منه ومن لم يسلم ضربت عليه الجزية غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم .

وقال ابن القطان : هذا مرسل ، ومع إرساله ففيه قيس بن مسلم وهو ابن الربيع ، وقد اختلف فيه وهو ممن ساء حفظه بالقضاء كشريك وابن أبي ليلى .

وروى البزار في «مسنده » والدارقطني في «غرائب مالك» من حديث علي الحنفي حدثنا مالك بن أنس عن جعفر بن محمد عن أبيه عن عمر بن الخطاب - رضي الله تعالى عنه - ، ذكر المجوس ، فقال : لا أدري كيف أصنع في أمرهم ، فقال عبد الرحمن - رضي الله تعالى- عنه : أشهد سمعت رسول الله ﷺ يقول : « **سنوا بهم سنة أهل الكتاب** »[1] ، انتهى .

قوله : «**سنوا بهم سنة أهل الكتاب**» - أي اسلكوا بهم طريقهم ، يعني عاملوهم معاملتهم في إعطاء الأمان وأخذ الجزية .

م :(**قال: ولا الوثنيات**) ش: أي قال القدوري : ولا يجوز أيضًا تزويج الوثنيات ، وهو جمع وثنية ، والذكر وثني ، ونسبته إلى عبادة الوثن وهو ماله جثة من خشب أو حجر أو فضة أو جوهر ينحت ، والجمع أوثان .

---

(١) رواه مالك في «الموطأ » باب جزية أهل الكتاب .

لقوله تعالى: ﴿ ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ﴾ (البقرة: الآية٢٢١) . ويجوز تزوج الصابئات إن كانوا يؤمنون بدين نبي ويقرون بكتاب ؛لأنهم من أهل الكتاب . وإن كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز مناكحتهم ؛ لأنهم مشركون . والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم ، فكل أجاب على ما وقع عنده .

وكانت العرب تنصبها لتعبدها ، ويدخل في الوثنيات عبدة الشمس وعبدة النجوم والصور التي أنحتوها ، والمعطلة والزنادقة والباطنية والإباحية وفي «شرح الوجيز» : وكذا كل مذهب يكفر معتقده ، لأن اسم الشرك يتناولهم جميعًا م :(**لقوله تعالى: ﴿ ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ﴾**) ش: (البقرة : **الآية ٢٢١**) وهو بعمومه يتناول الوثنية . قال الأكمل : وهي من يعبد الصنم وغيره .

قلت: الوثنية من تعبد الوثن وقد قررناه الآن . والصنم غيره لأنه صورة بلا جثة ، كذا فرق بينهما كثير من أهل اللغة ، وقيل : لا فرق بينهما، وقيل: قد يطلق الوثن على غير الصور .

م :(**ويجوز تزويج الصابئات**) ش: هو جمع صابئة ، والذكر صابىء ، من صبىء إذا خرج من دين إلى دين ، وقال السدي : الصابئون : طائفة من اليهود كالسامرة ، وقال أبو إسحاق : هو قول عمر بن الخطاب - رضي الله تعالى عنه - ، وقال قاضي خان : هو قول علي - رضي الله تعالى عنه .

وفي «الذخيرة القرافية» : الصابئون من النصارى ، والسامرة من اليهود : يجوز مناكحتهم ، وفي «المغني» عن أحمد : أنهم طائفة من النصارى ، ونص عليه الشافعي ، وهو قول إسحاق بن راهويه .

وقيد المصنف جواز تزويج الصابئات بقوله م :(**إن كانوا يؤمنون بدين نبي**) ش: أي كانت جماعة الصابئة يؤمنون بنبي من الأنبياء عليهم السلام م :(**ويقرون بكتاب**) ش: من الكتب المنزلة من السماء م :(**لأنهم من أهل الكتاب**) ش: أي حين يؤمنون بنبي ويقرون يكونون من أهل الكتاب، ولا خلاف في تزويج الكتابيات .

م :(**وإن كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز مناكحتهم ، لأنهم مشركون**) ش: فلا تجوز مناكحتهم ، قالوا : هم عدلوا عن دين اليهودية والنصرانية وعبدوا الكواكب، والتفصيل المذكور في حكمهم مبني على هذين التفسيرين .

م :(**والخلاف المنقول فيه**) ش: يعني بين أبي حنيفة وصاحبيه أن أنكحتهم صحيحة عنده، خلافًا لهما م :(**محمول على اشتباه مذهبهم**) ش: أي كل واحد من أبي حنيفة وصاحبيه م :(**فكل أجاب على ما وقع عنده**) ش: فوقع عند أبي حنيفة أنهم من أهل الكتاب يقرؤون الزبور ولا يعبدون الكواكب .

وعلى هذا حل ذبيحتهم . قال : ويجوز للمحرم والمحرمة أن يتزوجا في حالة الإحرام وقال الشافعي -رحمه الله- : لا يجوز، وتزويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف المذكور ، فعندنا يجوز ، وعنده لا يجوز له ، قوله عليه السلام : «لا ينكح المحرم ولا ينكح غيره »،

ولكنهم يعظمونها كتعظيمنا القبلة للاستقبال إليها ، ووقع عندهما أنهم يعبدون الكواكب ، ولا كتاب لهم ، فصاروا كعبدة الأوثان ، فإذًا لا خلاف بينهم في الحقيقة ؛ لأنهم إن كانوا كما قال أبو حنيفة جاز مناكحتهم عندهما أيضًا ، وإن كانوا كما قالا فلا يجوز مناكحتهم عنده أيضًا .

وقال مجاهد والحسن : لا كتاب للصابئة ، وقال أبو العالية وقتادة : يعبدون الملائكة ويصلون إلى القبلة ويقرؤون الزبور . وقال عبد الرحمن بن زيد : يقولون : لا إله إلا الله ، وليس لهم كتاب ، ولا نبي ، ولا عمل .

وقال مقاتل : هم قوم يقرون بالله ويعبدون الملائكة ويقرؤون الزبورويصلون إلى الكعبة ، أخذوا من كل دين شيئًا ، وقال الكلبي : هم قوم من النصارى يحلقون وسط رؤوسهم ويجبون مذاكيرهم .

وقال عبد العزيز بن يحيى : قد درجوا وانقرضوا فلا عين ولا أثر ، وقال الخليل : هم قوم يشبه دينهم دين النصارى ، إلا أن قبلتهم نحو مهب الجنوب فيزعمون أنهم على دين نوح عليه السلام .

م :(**وعلى هذا حل ذبيحتهم**) ش: أي وعلى الخلاف المنقول فيه حل ذبيحتهم ، فعند أبي حنيفة - رحمه الله - : تحل ذبائحهم ، وعندهما لا تحل ، وذكر شيخ الإسلام في «شرح اليسر» أن الصابئين تحل ذباؤحهم ونساؤهم عند أبي حنيفة ، وأبي يوسف ، خلافًا لمحمد ، والسرخسي ذكر أن أبا يوسف مع محمد وهو المشهور .

م :(**قال**) ش: أي القدوري : م :(**ويجوز للمحرم والمحرمة أن يتزوجا في حال الإحرام**) ش: قال الحافظ أبو جعفر الطحاوي - رحمه الله تعالى - : وهو قول عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وأنس بن مالك - رضي الله تعالى عنهم .

وبه قال سعيد بن جبير وعطاء وطاوس ومجاهد وعكرمة وجابر وعمرو بن دينار ، وأيوب السختياني ، وعبدالله بن أبي نجيح ، وهو مذهب أهل العراق .

م :(**وقال الشافعي: لا يجوز**) ش: وبه قال مالك وأحمد م :(**وتزويج الولي المحرم وليته**) ش: أي موليته م :(**على هذا الخلاف المذكور ، فعندنا يجوز ،وعنده لا يجوز له**) ش : أي للشافعي . م:(**قوله عليه السلام**) ش: أي قول النبي ﷺ : (« **لا ينكح المحرم ولا ينكح غيره** ») .

هذا الحديث رواه الجماعة إلا البخاري من حديث عثمان بن عفان -رضي الله عنه - قال :

قال رسول الله ﷺ : « **لا ينكح المحرم ولا ينكح** » زاد مسلم وأبو داود في رواية : ولا يخطب وزاد ابن حبان في «صحيحه»: ولا يخطب بمكة .

قوله : - لا ينكح - بفتح الياء ، و- لا ينكح - بضم الياء من الإنكاح ، أي لا ينكح غيره .

م :(**ولنا ما روي أنه ﷺ**) أي النبي ﷺ م :(**تزوج بميمونة وهو محرم**) هذا الحديث رواه الأئمة الستة في كتبهم عن طاووس عن ابن عباس -رضي الله تعالى عنهما- ، قال: « **تزوج رسول الله ﷺ ميمونة وهو محرم** » زاد البخاري: وبنى بها ، وهو حلال ، وماتت بسرف .

وأخرجه الدارقطني من حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ تزوج ميمونة وهومحرم، وأخرجه البزار في «مسنده» عن مسروق عن عائشة -رضي الله تعالى عنها - [أنه] عليه السلام تزوج وهو محرم واحتجم وهو محرم ،وقال السهيلي في «الروض الأنف»: إنما أراد نكاح ميمونة ولكنها لم تسم .

وقال الحافظ أبو جعفر الطحاوي -رحمه الله تعالى - : الذين رووا أنه ﷺ تزوج فيها ، وهو محرم أهل ، وثبت من أصحاب ابن عباس مثل سعيد بن جبير وعطاء وطاوس ومجاهد وعكرمة وجابر بن زيد ، وهؤلاء كلهم فقهاء الذين نقل عنهم عمرو بن دينار وأيوب السختياني وعبد الله بن أبي نجيح وهؤلاء أئمة يقتدى برواياتهم .

وأما حديث عثمان فإنما رواه وهب بن منبه ، وليس كعمرو بن دينار ولا كجابر ابن زيد ، ولا كمن روى ما يوافق ذلك عن مسروق عن عائشة - رضي الله تعالى عنها- ولا لوهب أيضًا موضع في العلم كموضع عمرو بن دينار ممن ذكر .

فإن قلت: روى يزيد بن الأصم؛ عن ميمونة بنت الحارث، قالت : تزوجني رسول الله ﷺ ونحن حلالان . رواه مسلم ، وأبو داود، والترمذي، وابن ماجة.

قلت : أجيب أن عمرو بن دينار قال : قلت : للزهري وما يدري ابن الأصم أعرابي نوال على ناقة أنجعله مثل ابن عباس ،مع أنه يحتمل أن يكون روى مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن سليمان بن يسار أن رسول الله ﷺ بعث أبا رافع مولاه ورجلاً من الأنصار فزوجاه ميمونة بنت الحارث ورسول الله ﷺ بالمدينة قبل أن يخرج.

قلت: قال أبو عمر بن عبد البر : حديث مالك يعني في هذا الباب غير متصل، ورواه مطر الوراق فوصله ، قال: وهو غلط من مطر الوراق ، لأن سليمان بن يسار ولد سنة أربع وثلاثين ، ومات أبو رافع بعد قتل عثمان - رضي الله تعالى عنه - بسنتين، وكان قتل عثمان - رضي الله عنه - في ذي الحجة سنة خمس وثلاثين فلا يمكن أن يروي عنه .

وما رواه محمول على الوطء .

وقال الترمذي : لا نعلم أحدًا أسنده غير حماد بن زيد عن مطر الوراق عن ربيعة .

وضعف يحيى بن سعيد مطر الوراق ، وضعفه أحمد وضعف البخاري حديث عثمان في النهي عن نكاح المحرم ، ورد رواية مالك ، ومذهبه .

وقال أيضًا : حديث ابن الأصم مرسل ، وأدخل في صحيحه عن سعيد بن المسيب أنه عليه السلام تزوجها وهو محرم ، وقال الطحاوي : ومطر عندهم ليس ممن يحتج بحديثه .

فإن قلت: قال ابن حبان : وليس في هذه الأخبار تعارض ، وعندي أن معنى قوله : تزوج ميمونة وهو محرم ، أي داخل في الحرم ، كما يقال : أنجدوا أنهم إذا دخلوا نجد أو تهامة .

قلت: الجواب عنه في ثلاثة أوجه :

الأول : أن حمله على الحقيقة الشرعية أولى من الحقيقة اللغوية لما عرف .

والثاني : أنهم يزعمون أنه كان بالمدينة عند العقد ، وإنما زوجه إياها وكيلاه عليه السلام فلم يكن في الحرم ، ولو ادعوا أن للمدينة حرمًا له ذلك مسلم لهم ، ويكون على هذا النبي ﷺ محرمًا على رواية ، إلا إذا أبعد عن المدينة .

والثالث : أن الراوي الذي هو ابن عباس قطع له بعقد الإحرام لأنه وقع به قول من قال : تزوج بها ، وهذا حلال ، ولا يمكن حمله على خلاف رواية الراوي .

فإن قلت: قالوا : النهي قول والجواز فعل ، والقول مقدم بوجهين :

أحدهما : أن القول يتعدى دون الفعل .

والثاني : يجوز أن يكون الفعل مخصوصًا به عليه السلام ، لاسيما في باب النكاح ، ولأن الفعل يعارض في نفسه ، ولا معارض للقول .

قلت: أجيب عن الوجه الأول بالمنع ، فإن الفعل يتعدى أيضًا ، لأن الإحرام لما لم يكن مانعًا منه في حقه وثبت جواز العقد معه ثبت في حق أمته أيضًا ، إذ أمته أولى بالرخص ، وهو كالغرم لضعفهم وحاجتهم وقوته بحمل الأشق .

وعن الوجه الثاني : أن الأصل عدم الاختصاص ، ويلزم منه تفسير الأصل فلا يصار إليه .

م :(**وما رواه**) **ش:** أي ما رواه الشافعي - رحمه الله - أنه م :(**محمول على الوطء**) **ش:** لأن النكاح للوطء حقيقة ، وللعقد مجازًا أي لا يطأ المحرم ولا يمكن الحرمة حتى يطأ ، هذا ما ذكره بعضهم وهو ضعيف لأن التمكين من الوطء لا يسمى نكاحًا مع اختلاله إعرابًا لكنه عليه السلام

ويجوز تزويج الأمة مسلمة كانت أو كتابية . وقال الشافعي -رحمه الله- : لا يجوز للحر أن يتزوج بأمة أو كتابية ، لأن جواز نكاح الإماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الحر على الرق وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة ، ولهذا جعل طول الحرة مانعاً منه . وعندنا الجواز مطلق لإطلاق المقتضي ، وفيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر لإرقاقه ،

أخبر عن معيار أحوال المحرمين أنهم في إحرامهم لا يشتغلون بالنكاح والإنكاح ، ولا يباشرون ذلك .

وقال الخطابي : الأوجه أن يقال : إن الحديث مروي بالنهي مجردًا ، والنهي يكون للتنزيه كما في نهيه عليه السلام عن الخطبة على خطبة أخيه ، ولو فعل صح النكاح عندنا والشافعي وأحمد خلافًا لمالك ، وحديث النهي يحمل عليه توفيقًا بين الحديثين ، ولو روي منفيًا فالنفي يجيء بمعنى النهي ، كذا في «الكافي» .

م :(**ويجوز تزويج الأمة مسلمة كانت أو كتابية ، وقال الشافعي : لا يجوز للحر أن يتزوج بأمة أو كتابية**) ش: وبه قال مالك وأحمد -في رواية - وعن مالك : إنكاح الأمة مطلقًا ، وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» عن الحارث والديري أنهما قالا : يتزوج الحر أربعًا من الإماء من غير فصل .

وقال ابن عباس ومجاهد : وسع الله تعالى على هذه الأمة نكاح الأمة وإن كان موسرًا إلا أن تكون تحته حرة ، وقال قتادة والثوري : إن خاف العقد جاز له نكاح الأمة وإن وجد طولاً .

وفي «الذخيرة القرافية» : إذا لم يستغن بأمة واحدة يتزوج إلى أربع وهو قول ابن حنبل ، وإن استغنى بها ففي الزيادة عليها خلاف ، وأباح حماد نكاح اثنين من الإماء ، وعند الشافعي لا يزيد على واحدة وهو رواية عن أحمد م :(**لأن نكاح الإماء ضروري عنده**) أي عند الشافعي .

م :(**لما فيه**) ش: أي لما في تزويج الإماء م :(**من تعريض الحر على الرق**) ش: إذ الولد يتبع الأم في الرق م :(**وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة**) ش: أي الأمة المسلمة الواحدة والضرورة تتقدر مؤنتها بقدرها ، فلا حاجة إلى الكتابية .

م :(**ولهذا**) ش: أي لكونه ضروريًا م :(**جعل**) ش: أي الشافعي م :(**طول الحرة مانعًا منه**) ش: أي من تزويج الأمة لاندفاع الضرورة بالقدرة على تزويج الحرة .

م :(**وعندنا الجواز مطلق**) ش: أي جواز نكاح الأمة مطلقًا مسلمة كانت أو كتابية م:(**لإطلاق المقتضي**) ش: وهو قوله تعالى : ﴿ **فانكحوا ما طاب لكم من النساء** ﴾ (النساء : الآية ٣) .

م :(**وفيه**) ش: أي في نكاح الأمة م :(**امتناع عن تحصيل الجزء الحر لإرقاقه**) ش: لأنه لم يوجد بعد كلامه ما يراق ، وفيه الإرقاق بحال وبعدما صدر لا يصدر منه شيء حتى يقال : إنه إرقاق ،

وله أن لا يحصل الأصل . فيكون له أن لا يحصل الوصف ، ولا يتزوج أمة على حرة ، لقوله عليه السلام: «لا تنكح الأمة على الحرة » وهو بإطلاقه حجة على الشافعي -رحمه الله- في تجويزه ذلك للعبد ،

وبعد وجود المال لا يوصف بالرق والحرية ولا بطريق التبعية والامتناع عنه ليس بمانع شرعًا.

م :(**وله أن لا يحصل الأصل**) ش: أي الولد بالعزل برضى المرأة [. . .] العجز العقيم م:(**فيكون له أن لا يحصل الوصف**) ش: أي وصف الحرية أيضًا بتزوج الأمة .

م :(**قال : ولا يتزوج أمة على حرة**) ش: سواء كان حرًا أو عبدًا م :(**لقوله عليه السلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ : م :(**لا تنكح الأمة على الحرة**) ش: .

روى الدارقطني في «سننه» في الطلاق من حديث مظاهر بن أسلم عن القاسم بن محمد ، عن عائشة - رضي الله تعالى عنها - قالت: قال رسول الله ﷺ : « **طلاق العبد اثنتان ، ولا تحل له حتى تنكح زوجًا غيره ، وقرء الأمة حيضتان ، ويتزوج الحرة على الأمة ، ولا يتزوج الأمة على الحرة** »[1] ومظاهر بن أسلم ضعيف . وروى الطبراني في تفسير سورة النساء بإسناده عن الحسن أن رسول الله ﷺ : « **نهى أن تنكح الأمة على الحرة ، قال : وتنكح الحرة ومن له طول الحرة فلا ينكح أمة** » رواه عبد الرزاق في «مصنفه» مقصراً على نكاح الأمة . فقال : حدثنا ابن عيينة عن عمرو بن عبيد عن الحسن ، قال: **نهى رسول الله ﷺ أن تنكح الأمة على الحرة** رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» أيضًا . حدثنا أبو داود الطيالسي عن هشام الدستوائي عن رجل عن الحسن لا تنكح الأمة على الحرة.

وروى عبد الرزاق في «مصنفه» أخبرنا ابن جريج أخبرني أبو الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله يقول : لا تنكح الأمة على الحرة ، وتنكح الحرة على الأمة . وأخرج عن الحسن نحوه . وأخرج ابن أبي شيبة عن علي بن أبي طالب ، وابن مسعود - رضي الله تعالى عنهما - وأخرج مكحول أيضًا نحوه ، وفي « السروجي »: وعن سعيد بن المسيب ومكحول في الرجل يتزوج الأمة على الحرة فلا يفرق بينهما .

وعن الزهري : يرجع طهره وينزع أمته ، وعن طاوس : قلت : إن رجلاً تزوج أمة على حرة ، وأنه يزعم أنه قد حرمتها عليه ، قال : صدقوه ذكره ابن أبي شيبة .

م :(**وهو بإطلاقه**) ش: أي الحديث المذكور يقتضي إطلاقه م :(**حجة على الشافعي في تجويزه ذلك**) ش: أي تجويز الأمة على الحرة م :(**للعبد**) ش: فإن عنده يجوز للعبد أن يتزوج الأمة على الحرة.

---

(١) رواه الدارقطني في «الطلاق» ص ٤٤١ ، قال : حدثنا أبو بكر النيسابوري ثنا محمد بن إسحاق قال : سمعت أبا عاصم يقول : ليس بالبصرة حديث أنكر من حديث مظاهر هذا . و مظاهر بن أسلم ضعيف .

وعلى مالك - رحمه الله - في تجويزه ذلك برضاء الحرة ، ولأن للرق تأثير الماء ولأن للرق أثر في تنصيف النعمة على ما نقرره في كتاب الطلاق إن شاء الله . فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام . ويجوز تزويج الحرة عليها ؛ لقوله عليه السلام : «وتنكح الحرة على الأمة »

وبه قال أحمد في رواية م :(**وعلى مالك**) ش: أي وحجة على مالك م :(**في تجويزه**) ش: أي تجويز الأمة على الحرة م :(**برضا الحرة**) ش: يعني إذا رضيت الحرة بذلك يجوز م :(**ولأن للرق تأثير الماء**) ش: قوله : حالة الانضمام دليلنا ، ولم يذكر دليل الشافعي ، ولا دليل مالك، فوجه قول الشافعي : أن تزوج الأمة ممنوع لمعنى في التزوج إذا كان حراً . وهو تعريض حريته على الرق مع المانع عنه ، وهو لا يوجد في حق العبد ؛ لأنه رقيق بجميع أجزائه ، ووجه قول مالك إن المنع لحق الحرة ، وإذا رضيت فقد أسقطت حقها .

وأشار إلى وجه قولنا بقوله: م :(**ولأن للرق أثرًا**) ش: أي الرق له تأثير م :(**في تنصيف النعمة**) ش: وهو الحل الذي بني عليه النكاح في جانب النساء والرجال جميعًا م :(**على ما نقرره في كتاب الطلاق إن شاء الله تعالى**) ش: قرره في آخر فصل الذمي باب طلاق السنة على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى - عز وجل .

م :(**فيثبت به**) ش: أي الذي بنى عليه النكاح ردًا على قوله: م :(**حل المحلية في حالة الانفراد**) ش: وهي إذا تزوج الأمة ولم يكن تحته حرة م :(**دون حالة الانضمام**) ش: وهي إما الجمع بين الحرة والأمة في عقد النكاح ، أو تزوج الأمة على الحرة تقدير هذا أن في الحقيقة حالتين : حالة الانضمام مع الحرة .

وحالة الانفراد عنها ، فيثبت الحل في حالة الانفراد دون حالة الانضمام، وهو تزوجها على الحرة أو مع الحرة ، والتزوج على الحرة انضمام ، لأن كل فعل يقبل الامتداد يعطي لبقائه حكم الابتداء . وحكم النكاح من ذلك ، فيجعل الانضمام على هذا الطريق، وقد طول الأكمل هنا كلامه واستغربه وهو في الحقيقة أخذه من «النهاية»، وصاحب «النهاية» أخذه من «المبسوط»، وفيما ذكرناه كفاية .

م :(**ويجوز تزويج الحرة عليها**) ش: أي على الأمة ، ولا يبطل نكاح الأمة بإجماع الأئمة الأربعة ، وقال المزني من أصحاب الشافعي : يبطل نكاح الأمة للقدرة على طول الحرة م :(**لقوله عليه السلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ : م :(**وتنكح الحرة على الأمة**) ش: تقدم هذا عن قريب في «سنن» الدارقطني عن عائشة - رضي الله تعالى عنها .

ولأنها من المحللات في جميع الحالات ؛ إذ لا منصف في حقها . فإن تزوج أمة على حرة في عدة من طلاق أو ثلاث بائن لم يجز عند أبي حنيفة -رحمه الله- ، ويجوز عندهما ، لأن هذا ليس بتزوج عليها وهو المحرم ، ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لم يحنث بهذا ، ولأبي حنيفة - رحمه الله- أن نكاح الحرة باق من وجه في العدة لبقاء بعض الأحكام ،فيبقى المنع احتياطاً ، بخلاف اليمين ، لأن المقصود أن لا يدخل غيرها في قسمها ،

م :(**ولأنها**) ش: أي ولأن الحرة م :(**من المحللات**) ش: بفتح اللام م :(**في جميع الحالات ؛ إذ لا منصف**) ش: بكسر الصاد م :(**في حقها**) ش: أي في حق الحرة ، بخلاف الأمة .

م :(**فإن تزوج أمة على حرة في عدة من طلاق بائن أو ثلاث**) ش: قبل الاعتداد عن طلاق بائن، لأنها لوكانت معتدة عن طلاق رجعي لا يجوز بالاتفاق م :(**لم يجز عند أبي حنيفة ويجوز عندهما**)وبه قال الشافعي ومالك وأحمد وعند عدم طول الحرة م: (**لأن هذا**) ش : أي نكاح الأمة في عدة الحرة م: (**ليس بتزوج عليها**) ش : أي على الحرة لزوال الملك م: (**وهو المحرم**) ش : أي التزوج على الحرة وهو محرم، بكسر الراء م: (**ولهذا**) ش : أي ولكون المحرم هو التزوج على الحرة .

م: (**لو حلف لا يتزوج عليها**) ش : أي على المرأة ، بأن قال : إن تزوجت عليك امرأة فهي طالق ، فتزوج امرأة بعدما أبانها م: (**لم يحنث بهذا**) ش : أي بهذا التزوج ، وهو تزوج المرأة حرة كانت أو أمة في عدة من طلاق بائن ، بخلاف ما إذا تزوج امرأة في عدة أختها من طلاق بائن ، فإنه لا يجوز باتفاق علمائنا ، خلافًا للشافعي ؛ لأن المحرم هناك الجمع ، وفي التزويج في العدة بينهما في حقوق النكاح .

أما ها هنا فأبلغ لأجل الجمع ، ولهذا لو تزوج الحرة عليها جاز ، بل في تزوج الأمة على الحرة إدخال ناقصة الحال في مزاحمة كاملة الحال، ولهذا لا يوجد بعد البينونة ، كذا في «المبسوط» «والأسرار» .

م: (**ولأبي حنيفة - رضي الله تعالى عنه - أن نكاح الحرة باق من وجه في العدة ، لبقاء بعض الأحكام**) ش : وهو المنع من التزوج والفراش ، حتى بانت منه ، والنفقة فكانت العدة حقًا من حقوق النكاح . وحق الشيء كنفس ذلك الشيء م: (**فيبقى المنع احتياطًا**) ش : كما لو تزوج أختًا في عدة أخت م: (**بخلاف اليمين**) ش : جواب عن قولهما ، ولهذا لو حلف ، تقريره أن اليمين يعتبر فيه العرف، وفي العرف لا يسمى تزوجًا عليها بعد البينونة ، فلهذا لم تطلق .

وأما في ألفاظ الشرع المعتبر المعنى ، ومعنى الحرمة باق ببقاء العدة ، وعلل المصنف بقوله : م:(**لأن المقصود أن لا يدخل غيرها**) ش : عليها شريكة م: (**في قسمها**) ش : بفتح القاف، لأن قصد الحالف تطبيب قلبها بترك الإشراك في الفراش، فإذا تزوجها في العدة فما أشرك غيرها في

وللحر أن يتزوج أربعاً من الحرائر والأماء ، وليس له أن يتزوج أكثر من ذلك ، لقوله تعالى ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ﴾ (النساء: الآية٣) ، والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه

قسمها .

م: (**ويجوز للحر أن يتزوج أربعًا من الحرائر والإماء**) ش : أي أربعًا من النساء الحرائر ، أو أربعًا من الإماء ، وأربعًا منهما إذا قدم الأمة م: (**وليس له أن يتزوج أكثر من ذلك**) ش : أي من الأربع ، وعن القاسم بن إبراهيم أنه أباح تسعة وهو خرق الإجماع ، وهذا نقل عن الروافض أنهم يجوزون تسعًا من الحرائر .

وفي «الحواس » : روي عن النخعي وابن أبي ليلى هكذا ، وعن بعض الشيعة والخوارج جواز ثمانية عشر تعلقًا بقوله تعالى : ﴿ **فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع** ﴾ (النساء : الآية ٣) ، فمن جعل مثنى بعد العدل يعني اثنين ، وكذا ما بعده أباح نكاح تسع ، ومن قال : مثنى بمعنى اثنين مرتين أباح نكاح ثمانية عشر امرأة .

وحكى القاضي عبد الوهاب عن بعض الناس : أنه جوز للرجل أن يتزوج من النساء أي عدد شاء قليلاً كان أو كثيرًا من غير حصر وعدد .

وذكر السروجي : ذكر الله سبحانه وتعالى الزواج في التوراة من غير حصر بعدد حفظًا لمصالح الرجال دون النساء وحرم في الإنجيل الزيادة على الواحدة حفظًا لمصالح النساء دون الرجال، وجمع في هذه الشريعة المعظمة بين مصالح الرجال والنساء .

م: (**لقوله عز وجل : ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ﴾**) ش : (النساء : الآية ٣) م: (**والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه**) ش : قيل : قوله : والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه غير مسلم ، ألا ترى أنه ﷺ قال : « **إنما يغسل الثوب من خمس : من بول وغائط، وقيء، ودم ومني**» وبالاتفاق يغسل من الخمس أيضًا مع أنه ﷺ نص على العدد مع كلمة الحصر .

وأجيب : بأن معناه إنما يغسل الثوب من خمس مما يخرج من بدن الآدمي ، لأن هذا الحديث خرج جوابًا لسؤال من سأل عن النجاسة ، وهو مختص على هذا العدد ، وقيل : كلام المصنف إنما يمشي على قول من يقول : إن الواو في الآية بمعنى أو كما في قوله تعالى : ﴿ **أولي أجنحة مثنى**﴾ (فاطر : الآية ١) .

ورد بأن الأصح أن الواو بمعناها ؛ لأن أو لا تستعمل إلا في التخيير ، والتخيير في الحقيقة لا يدخل في العدد ، ومثل هذا التركيب يدل على جواز أحد الأعداد كما في قوله : اقتسموا هذا المال اثنين اثنين وثلاثة ثلاثة وأربعة أربعة .

وقال الشافعي -رحمه الله- لا يتزوج إلا أمة واحدة ، لأنه ضروري عنده والحجة عليه ما تلونا إذ الأمة المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظهار. ولا يجوز للعبد أن يتزوج أكثر من اثنتين ، وقال مالك :يجوز له الأربع

ولو قلت : أو يعلم أنه لا ممنوع أن يقتسموه إلا إحدى هذه القسمة وليس لهم أن يجمعوا بينها ، لأن أو لأحد الشيئين ، والواو تدل على تجويز الجمع بين الفرق .

وقال الفراء : المراد واحد من الأعداد ، ولا وجه لحمله على الجمع ، لأن العبارة في التسع بهذا اللفظ من المعنى في الكلام ، فإن من أراد أن يقول: أعط فلانًا تسعة دراهم، وقال : أعط درهمين وثلاثة وأربعة كان سخيفًا جاهلاً ، فعلم أن المراد واحد .

وقيل: معنى الآية فينكح بعضكم اثنين وبعضكم ثلاثة وبعضكم أربعة لا يجوز لا لغة ولا شرعًا . وإذا تزوج تسعًا في زمان واحد لا يكون مثنى ولا ثلاث ولا رباع، بل يكون تساع.

م: (**وقال الشافعي -رحمه الله - : لا يتزوج إلا أمة واحدة**) ش : يعني عند عدم طول الحرة وخوف العنت ، وبه قال أحمد ، وقال مالك : يجوز تزويج أربعًا من الإماء عند عدم طول الحرة، وخوف العنت .

وعندنا: يجوز الأربع مع الطول وخوف العنت ، ثم في جواز نكاح الأمة عدم طول الحرة وخوف العنت شرط عندهم ، وعندنا ليس بشرط ، ولكن المستحب أن لا يتزوج مع طول الحرة عندنا .

م: (**لأنه ضروري عنده**) ش : أي لأن نكاح الأمة ضروري عند الشافعي والضرورة ترتفع بالواحدة فلا يزاد عليها ، كالميتة أحلت للضرورة لم يجز إلا مقدار ما يسد رمقه .

م: (**والحجة عليه**) ش : أي على الشافعي م: (**ما تلونا**) ش : وهو قوله تعالى : ﴿ **فانكحوا ما طاب لكم من النساء** ﴾ (النساء : الآية ٣) ، م: (**إذ الأمة المنكوحة ينتظمها**) ش : أي يشملها م: (**اسم النساء**) ش : أي كما أن لفظة النساء تتناول الحرائر وتتناول الإماء إيضًا .

قال الأترازي : كان الأولى أن يقول إذ الأمة والحرة م: (**كما في الظهار**) ش : فإن النية مذكورة بلفظ النساء يتناول الأمة المنكوحة ، وحكم المدبرة والمكاتبة على هذا الخلاف المذكور ، فالمستسعاة كالمكاتبة عند أبي حنيفة -رضي الله تعالى عنه .

م: (**ولا يجوز للعبد أن يتزوج أكثر من اثنتين**) ش : وبه قال الشافعي وأحمد وعمر وعلي وعبد الرحمن بن عوف -رضي الله تعالى عنهم- ، وبه قال عطاء والحسن البصري والشعبي والثوري .

م: (**وقال مالك : يجوز له الأربع**) ش : كالحر ، وبه قال سالم وطاوس ومجاهد والزهري

لأنه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده ، حتى ملكه بغير إذن المولى ، ولنا أن الرق منصف فيتزوج العبد اثنين والحر أربعاً إظهاراً لشرف الحرية قال : فإن طلق الحر إحدى الأربع طلاقاً بائناً لم يجز له أن يتزوج رابعة حتى تنقضي عدتها ، وفيه خلاف الشافعي .

وربيعة الرأي وأبو ثور وداود والمكاتب والمدبر وأم الولد في هذا كالعبد م: (**لأنه**) ش : أي لأن العبد م: (**في حق النكاح بمنزلة الحر عنده**) ش : أي عند مالك .

م: (**حتى ملكه**) ش : أي حتى ملك النكاح م: (**بغير إذن المولى**) ش : لأن ملك النكاح من خواص الآدمية والرق لا يؤثر فيها ، فصار كالقصاص ، فإنه مبني على أصل الحرية فيه بالإجماع فكذا ها هنا .

م: (**ولنا أن الرق منصف**) ش : يعني يؤثر في تنصيف النعم ، وهذا الحل نعمة من الله تعالى يوصل بها إلى قضاء شهوة النكاح حلالاً ، والنعم متفاوتة الأحوال في الشرع ، فإن حال النبوة لما كان أشرف حل له التسع دون غيره ، وحال الحر أشرف من حال العبد .

فتظهر الزيادة في حق الحر دون العبد م: (**فيتزوج العبد اثنتين والحر أربعًا**) ش : أي يتزوج الحر أربع نسوة م: (**إظهارًا لشرف الحرية**) ش : ويؤيده حديث عمر -رضي الله تعالى عنه - ، فإنه قال : لا يتزوج العبد أكثر من اثنتين .

وفي «المحلى» : وعن عطاء أجمع أصحاب رسول الله ﷺ على أن العبد لا يجمع بين النساء فوق اثنتين ، انتهى ، وفيه خلاف للشافعي ومالك ، وقد ذكرناه عن قريب .

م: (**فإن طلق الحر إحدى الأربع**) ش : حتى إذا كان الحر متزوجًا بأربع نسوة فطلق إحداهن م: (**طلاقًا بائنًا لم يجز له أن يتزوج رابعة**) ش : أي امرأة رابعة م: (**حتى تنقضي عدتها**) ش : يروى ذلك عن علي وابن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت ، وبه قال سعيد بن المسيب وعبيدة السلماني ومجاهد والنخعي والثوري وأحمد .

وقال : القاسم بن محمد وعروة وابن أبي ليلى : له ذلك ، لانقطاع النكاح بينهما ، وبه قال الشافعي ، وأشار إليه المصنف بقوله : م: (**وفيه خلاف الشافعي**) ش : أي تزوج الرابعة في عدة المطلقة طلاقًا بائنًا خلاف الشافعي ، يعني يجوز عنده ، وبه قال مالك وأبو ثور و أبو عبد الله بن المنذر .

قلنا : إنكاح المطلقة الرابعة قائم لبقاء أحكامه من النفقة والفراش والمنع من الخروج ، والقاطع قد تأخر عمله إلى انقطاع العدة .

وعن أبي الزناد أنه قال : كان للوليد بن عبد الملك أربع نسوة ، فطلق واحدة منهن البتة وتزوج غيرها قبل أن تحل ، فعاب ذلك عليه كثير من الفقهاء منهم سعيد بن المسيب ، قال سعيد

وهو نظير نكاح الأخت في عدة الأخت قال وإن تزوج حبلى من زنا جاز النكاح ، لا يطؤها حتى تضع حملها ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف -رحمه الله- النكاح فاسد ، وإن كان الحمل ثابت النسب فالنكاح بالطل بالإجماع، ولأبي يوسف - رحمه الله - أن الامتناع في الأصل لحرمة الحمل ، وهذا الحمل محترم ، لأنه لا جناية منه ، ولهذا لم يجز إسقاطه ، ولهما أنها من المحللات بالنص

ابن منصور : إذا عاب عليه سعيد بن المسيب فأي شيء بقي .

وحكي أن مروان شاور الصحابة فيه ، فاتفقوا على أنه يفرق بينهما ، وخالفهم زيد ثم رجع إلى قولهم ذكره في «المبسوط» .

م: (**وهو نظير نكاح الأخت في عدة الأخت**) ش : أي عدم جواز نكاح المرأة وعدة الرابعة قبل انقضائها نظير عدم جواز الأخت في عدة الأخت ، وقد مر ذلك فيما مضى .

وفي «المبسوط» : لزوج المرتدة أن يتزوج بأختها بعد لحاقها بأهلها قبل انقضاء عدتها ؛ لأنها لا عدة عليها من المسلم لتباين الدارين ، فإن عادت مسلمة لا يضر نكاح الأخت ، لأن العدة لا تعود ، وعند أبي يوسف تعود ، وفي بطلان نكاحها روايتان عنه .

م: (قال) ش : أي محمد في « الجامع الصغير» : م: (**وإن تزوج حبلى من زنا جاز النكاح ، ولا يطؤها الزوج حتى تضع حملها**) ش : هذا إذا لم يكن الحمل ثابت النسب م: (**وهذا**) ش : أي جواز النكاح ومنع الوطء إلى حين الوضع م: (**عند أبي حنيفة ومحمد**) ش : وبه قال الشافعي في جواز النكاح ، ولكنه جوز وطأها .

م: (**وقال أبو يوسف : النكاح فاسد**) ش : وبه قال ابن شبرمة وزفر ومالك وأحمد م: (**وإن كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالإجماع**) ش : ولو كان الحمل من الزنا من الزوج فالنكاح جائز عند الكل ، ويحل له وطؤها وتستحق النفقة عند الكل ذكره في «النوازل»، وإن كان الزنا من غيره تستحق لنفقة عند بعد المشايخ ، ولا تستحق النفقة عند البعض على مذهب أبي حنيفة ومحمد .

م: (**ولأبي يوسف أن الامتناع**) ش : أي امتناع النكاح م: (**في الأصل**) ش : وهو صورة الإجماع يعني فيما إذا كان الحمل ثابتًا بالنسب م: (**لحرمة الحمل**) ش :وصيانة عن سقيته ماءه زرع غيره ، فإن الحمل يزداد سمعه وبصره حدة بالوطء .

م: (**وهذا الحمل محترم ، لأنه لا جناية منه**) ش : أي من الحمل م: (**ولهذا**) ش : أي ولعدم الجناية منه م: (**لم يجز إسقاطه**) ش : فيمتنع النكاح ها هنا أيضًا . م: (**ولهما**) ش : أي لأبي حنيفة ومحمد م: (**أنها**) ش : أي الحبلى من الزنا م: (**من المحللات بالنص**) ش : وهو قوله تعالى : ﴿ **وأحل لكم ما وراء ذلكم** ﴾ (النساء : الآية ٢٤) ، وكل من كانت كذلك جاز نكاحها .

وحـرمة الوطىء كـيلا يسـقى ماؤه زرع غـيره .والإمـتناع في ثابت النسب لحق صـاحـب الماء ولا حرمة للـزاني ، فإن تزوج حاملاً من السـبي فالنكاح فاسد ، لأنهـثابت النسب ، وإن زوج أم ولده وهي حامل منه ، فالنكاح باطل ، لأنها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوى ،

فإن قلت : ما بال الحامل الثابت النسب لم تدخل تحت هذا النص ؟

قلت : لكان تحت قوله تعالى : ﴿ **ولا تعزمـوا عقدة النكاح حتـى يبلغ الكتاب أجله** ﴾ (البقرة : الآية ٢٣٥) ، م: (**وحرمة الوطء**) ش : هذا جـواب عمـا يقال : لو كـان من المحللات يحل وطؤها بعد ورود العقد عليها .

فأجاب : بقـوله م: (**وحرمـة الوطء كيلا يـسقي ماؤه زرع غـيره**) ش : وهـو حـرام لقـوله عليه السلام « **من كان يؤمن بالـله واليوم والآخر فـلا يسقى ماؤه زرع غـيره** »، يعني وطء الحـوامل، وقـال عليه السلام « **لا توطأ حامل حتى تضع** » صحيح .

فإن قلت : فم الرحم ينسد بالحبل ، فكيف يكون سقى زرع غيره ؟

قلت : شعره ينبت من ماء الغير .

فإن قلت : النكاح شرع لأمر ضروري وهو الحمل ، فلا يثبت بدونه ، والحمل هنا غير ثابت فلا يثبت النكاح .

قلت : ليس من ضرورة حرمة الوطء المعارض على شرف الزوال فساد النكاح كـما لو حرم بالحيض والنفاس .

م: (**والامتناع في ثابت النسب**) ش : جواب عن قـول أبي يوسـف : إنه لحرمة الحـمل . تقريره لا نسلم أن فـساد النكاح لحرمة الحـمل ، بل إنما هو م: (**لحق صـاحـب الماء ولا حرمـة للزاني**) ش : لارتكابه الحرام م: (**فإن تزوج حـاملاً من السبي فالنكاح فـاسد ، لأنه ثابت النسب**) ش : هذا بإجـماع الأئمة الأربعة ، وكذا المهاجرة إلينا لو كانت حاملاً .

وروى الحسن عن أبي حنيفة : والمهاجرة والمسبية أنه يجوز نكاحـهما لكن لا يطأهـما حتى يضعا حملهما ، وإن لم تكن حاملاً فلا يجوز النكاح ، لأن الفرقة وقعت بتباين الدارين ، كذا في « جامع المحبوبي » .

م: (**وإن زوَّج أم ولده وهي حامل منه**) ش : أي والحال أنها حامل من المولى م: (**فالنكاح باطل ، لأنها**) ش : أي لأن أم الولـدم: (**فـراش لمولاها**) ش : لوجود حده ، وهو صيرورة المرأة متعينة لثبوت نسب الولد منها ، وهو معنى قوله : م: (**حتى يثبت نسب ولدها منه**) ش : أي من المولى م: (**من غير دعوى**) .

فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين إلا أنه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل . قال ومن وطىء جاريته ثم زوجها جاز النكاح ، لأنها ليست بفراش لمولاها هنا ، فإنها لو جاءت بولد لا

ش : فإن قلت : ذكر هنا بلفظ الباطل ، وفيما تقدم بلفظ الفاسد .

قلت : لأن الحرمة فيما تقدم مختلف فيه لما ذكرنا من رواية الحسن ، فكانت حرمتها أخف فذكر بلفظ الفاسد ، وقيل : المراد بالفساد هناك البطلان أيضًا ، وفيه تأمل .

م: (**فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين**) ش : وهما فراش المولى وفراش الناكح ، ولأنه لا يجوز ، لأنه يؤدي إلى اشتباه الإنسان كنكاح المنكوحة م: (**إلا أنه غير متأكد**) ش : هذا استثناء من قوله -فراش لمولاها- يعني أم الولد فراش لمولاها إلا أنها فراش غير قوي .

ويجوز أن يكون هذا جوابًا عما يقال وهو أنه لو كانت فراشًا لمولاها لما جاز نكاحها عند كونها غير حامل ، مع أنه يجوز ، فأجاب عنه بقوله : م: (**إلا أنه**) ش : أي إلا أن فراشها غير متأكد يعني ضعيف .

م: (**حتى ينتفي الولد بالنفي**) ش : أي حتى ينتفي ولده بمجرد النفي م: (**من غير لعان فلا يعتبر ما يتصل به الحمل**) ش : أي فلا يعتبر هذا الفراش ما لم يتصل به الحمل ، لأن الحمل مانع في الجملة ، وكذلك الفراش فعند اجتماعهما يحصل التأكيد .

فإن قلت : إذا كان غير متأكد بنفي الولد من غير لعان وجب أن يكون الإقدام على النكاح نفيًا للسبب ، فإنه يقبل النفي دلالة كما إذا قال لجارية له ولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة ، هذا الأكبر مني فإنه ينتفي نسب الباقين ، وإذا انتفى نسبه كان حملاً غير ثابت النسب ، وفي مثله يجوز النكاح كما تقدم .

قلت : أجيب بأن هذه دلالة ، والدلالة إنما تعمل إذا لم يخالفها صريح ، والصريح هنا موجود ، لأن المسألة فيما إذا كان الحمل منه، وإن قال : رجل تزوج أم ولد وهي حامل منه ، وإنما يكون الحمل منه إذا أقر به .

م: (**قال: ومن وطئ جاريته ثم زَوَّجها جاز النكاح**) ش : أي قبل أن يستبرئها . وقال الشافعي وأحمد : لا يجوز نكاحها قبل الاستبراء بحيضة ، وعند زفر لا يجوز نكاحها حتى تحيض ثلاث حيض ، كما في الزانية عنده ، فإنه يجب عليها ثلاث حيض عنده ، وكذا الخلاف في أم الولد غير حامل منه .

م: (**لأنها**) ش : أي لأن الجارية م: (**ليست بفراش لمولاها هنا**) ش : لعدم حد الفراش وهو صيرورة المرأة متعينة لثبوت نسب ولد الرجل ، ولم يوجد ذلك هنا م: (**فإنها لو جاءت بولد لا**

يثبت نسبه من غير دعوة إلا أن عليه أن يستبرئها صيانة لمائه ، ورذا جاز النكاح فللزوج أن يطأها قبل الزستبراء عند أبي حنيفة -رحمه الله- وأبي يوسف -رحمهما الله- وقال محمد -رحمه الله- لا أحب له أن يطأها حتى يستبرئها لأنه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما في الشراد. ولهما أن الحكم بجواز النكاح أمارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحباباً ولا وجوباً ، بخلاف الشراء لأنه يجوز مع الشغل

يثبت نسبه من غير دعوة للنكاح ، إلا أن عليه) ش : أي على المولى .

م: (**أن يستبرئها**) ش : قال الشارحون : معناه عليه الاستحباب دون الوجوب ، وذلك لأن هذا اللفظ غير مذكور في الجامع الصغير ، وإنما ذكره المصنف فيقال : إنه أراد به الاستحباب م: (**صيانة لمائه**) ش : وقد صرح في « فتاوي الولوالجي» الاستحباب .

م: (**وإذا جاز النكاح فللزوج أن يطأها قبل الاستبراء عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد لا أحب له أن يطأها حتى يستبرئها**) ش : وفي «المشكلات» لا يحل له أن يطأها حتى يستبرئها بحيضة .

م: (**لأنه**) ش : أي لأن رحمها م: (**احتمل الشغل بماء المولى**) ش : لوجود سببه وهو الوطء ، ولو تحقق الشغل والوطء يحرم الوطء تأدبًا عن السقي لزرع غيره فإذا احتمل م: (**فوجب التنزه كما في الشراء**) ش : فإن التنزه عن الوطء في الشراء قبل الاستبراء واجب .

وقال الأترازي : ليس المراد منه الوجوب المصطلح لدلالة قوله لا أحب أن يطأها .

م: (**ولهما**) ش : أي لأبي حنيفة وأبي يوسف م: (**أن الحكم بجواز النكاح أمارة الفراغ**) ش : أي حكم الشرع بجواز النكاح علامة فراغ الرحم ، لأن النكاح لم يشرع إلا على رحم فارغ عن شاغل محرم .

وإن كان الرحم فارغًا م: (**فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابًا ولا وجوبًا**) ش : أي لا على الاستحباب ولا على طريق الوجوب ، إذ الحكم لا يثبت بلا نسب ، فإنما قدم لفظ استحبابًا وكان حقه التأخير .

لأن نفيه يستلزم نفي الوجوب ، فكان تقديمه يوجب الاستغناء عن نفي الوجوب ، أما لأن الخصم يقول به ، وكان نفيه أهم وإما ليتصل بقوله : -بخلاف الشراء- فإن الاستبراء فيه واجب .

م: (**بخلاف الشراء**) ش : هذا جواب عن قياس محمد ، صورة النزاع على الشراء بالفارق ، تقريره أن الشراء ليس مثل الذي قاسه عليه م: (**لأنه**) ش : أي لأن الشراء م: (**يجوز مع الشغل**) ش: دون النكاح ، فأمركم بجواز النكاح أمارة النزاع ، وإلا لكان حكمًا بما لا يجوز .

ولا كذلك في الشراء فيجب الاستبراء ، وهذا الخلاف فيما إذا لم يستبرئ المولى ، أما لو

وكذا إذا رأى امرأة تزني فتزوجها حل له أن يطأها قبل أن يستبرئها عندهما وقال محمد لا أحب له أن يطأها ما لم يستبرئها ، والمعنى ما ذكرنا ، ونكاح المتعة باطل

استبرأها ثم زوجها بزوج يجوز وطء الزوج بالإجماع قبل الاستبراء ، ومن المشايخ من قال : لا خلاف بينهم في الحامل .

لأن عندهما لا يجب الاستبراء ، ولم يقولا لا يستحب ، وعند محمد يستحب ، وما قاله واجب ، وقال أبو الليث : وقول محمد أقرب إلى الاحتياط ، وبه نأخذ كذا في « جامع المحبوبي » .

م : (**وكذا**) ش :أي وكذا الحكم مع الخلاف المذكور فيما م : (**إذا رأى امرأة تزني فتزوجها حل له أن يطأها قبل أن يستبرئها عندهما**) ش : أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وبه قال الشافعي ومالك .

وقال أحمد : لا يجوز إلا بشرط انقضاء العدة بثلاث حيض وتوبتها حتى قال أحمد : لو زنت امراته لا يطأ الزوج حتى تستعد من الزاني بثلاث حيض عنده ، وقيل يكتفى بحيضة ، وقال أحمد : لا يطأ الجارية الزانية ، وقول قتادة وإسحاق وأبي عبيدة مثل قول أحمد في انقضاء العدة بثلاث حيض والتوبة .

وقال ابن حزم في « المحلى » : لا يحل للزانية أن تنكح زانيًا ولا عفيفًا حتى تتوب ، فإذا تابت حل لها الزواج من عفيف ، ولا يحل للزاني المسلم أن يتزوج مسلمة لا زانية ولا عفيفة حتى يتوب ، وللزاني أن يتزوج كتابية عفيفة . وإن لم يتب ، والزنى الطارئ منهما أو من أحدهما لا يوجب فسخ نكاحهما ، وروي ذلك بإسناد عن علي وابن مسعود والبراء بن عازب وجابر بن عبد الله وابن عمر وعائشة -رضي الله تعالى عنهم- .

وقال ابن المنذر : وهو قول جابر وطاوس وابن المسيب وابن زيد وعطاء والحسن وعكرمة والزهري والثوري والشافعي ، وإذا تابا حل للزاني أن يتزوج بمن زنى عند الجمهور وعند ابن مسعود والبراء بن عازب وعائشة -رضي الله تعالى عنهم- أنها لا تحل للزاني بحال ، ثم لا يفرق بين الزوجين يزنى أحدهما .

وعن جابر بن عبد الله أن المرأة إذا زنت يفرق بينهما ولا شيء لها ، وعن الحسن مثله ، وعن علي -رضي الله تعالى عنه- أنه فرق بين امرأة ورجل زنى قبل أن يدخل بها .

م: (**وقال محمد : لا أحب له أن يطأها قبل أن يستبرئها**) ش : وذلك بطريق الاحتياط لاحتمال الشغل بماء الزاني م: (**والمعنى ما ذكرنا**) ش : أي ما ذكرنا من الجانبين في مسألة الجارية م: (**ونكاح المتعة باطل**) ش : ادعى غير واحد من العلماء الإجماع على تحريم المتعة ، وقال الخطابي في

«المعالم» : كان ذلك مباحًا في صدر الإسلام ثم حرم فلم يبق فيه اليوم خلاف بين الأئمة إلا شيئًا ذهب إليه بعض الروافض .

قال : وكان ابن عباس يتأول في إباحته للمضطر إليه بطول العزوبة وقلة اليسار ، ثم توقف عنه وأمسك عن الفتوى به ، وقال أبو بكر الحازمي : يروى جوازه عن بعض الشيعة ، وعن ابن جريج . وقال المازري في« العلم» : تقرر الإجماع على منعه ، ولم يخالف فيه إلا طائفة من المبتدعة .

وحكى ابن عبد البر : الخلاف القديم في ذلك ، فقال : وأما الصحابة فإنهم اختلفوا في نكاح المتعة فذهب ابن عباس إلى إجازتها وتحليلها ، والاختلاف عنه في ذلك وعليه أكثر الصحابة ، منهم عطاء بن رباح وسعيد بن جبير وطاووس ، قال : وروي أيضًا إجازتها وتحليلها عن أبي سعيد الخدري وجابر بن عبد الله ، قال جابر : تمتعنا إلى النصف من خلافة عمر -رضي الله تعالى عنه - حتى نهى عمر الناس .

قال : وأما سائر الرواة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من الخلفاء وفقهاء المسلمين فعلى تحريم المتعة ، منهم مالك بن أنس من أهل المدينة ، والثوري وأبو حنيفة من أهل الكوفة ، والشافعي ومن يسلك سبيله من أهل الحديث والفقه والنظر بالاتفاق ، والأوزاعي من أهل الشام ، والليث بن سعد من أهل مصر وسائر أصحاب الآراء .

م: (**وهو أن يقول الرجل لامرأة : أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال**) ش : هذه صورة المتعة ، وفي «المنافع» صورتها أن يقول خذي هذه العشرة لأتمتع بك أو لاستمتع بك ، أو متعيني نفسك أيامًا .

وفي «البدائع» : نكاح المتعة نوعان ، أحدهما : أن يكون بلفظ التمتع ، والثاني : أن يكون بلفظ النكاح أو التزوج أو ما يقوم مقامهما ، فالأول أن يقول : أتمتع بك يومًا أو شهرًا أو سنة على كذا ، وهو باطل .

وقال شيخنا زين الدين في «شرح الترمذي » : نكاح المتعة المحرم هو ما إذا خرج بالتوقيت فيه ، أما إذا كان في تعيين الزوج أنه لا يقيم معها إلا سنة أو شهرًا أو نحو ذلك ولم يشترط ذلك ، فإنه نكاح صحيح عند عامة أهل العلم ما خلا الأوزاعي ، فإنه قال في هذه الصورة : وهو متعة ولا خير فيه .

وإذا تقرر أن نكاح المتعة غير صحيح فهل يحد من وطئ في نكاح متعة ، اختلف فيه العلماء فقال أكثر أصحاب مالك : لا حد فيه لشبهة العقد .

وقال الرافعي : إذا وطئ جاهلاً بفساده فلا حد ، وإن كان عالمًا فقد بنى أمر الحد على ما

وقال مالك هو جائز ، لأنه كان مباحاً فيبقى إلى أن يظهر ناسخه ، قلنا ثبت النسخ بإجماع الصحابة -رضي الله عنهم-

---

روي أن ابن عباس كان يجوز نكاح المتعة ثم رجع عنه ، فإن صح رجوعه وجب الحد لحصول الإجماع ، وإن لم يصح رجوعه فيبنى على أنه لو اختلف أهل عصر في مسألة ، ثم اتفق من بعدهم على أحد القولين فيها ، فهل يصير ذلك مجمعًا عليه ، فيه وجهان أصوليان.

إذا قلنا : نعم يجب الحد ، وإلا فلا ، قال الرافعي : وهو الأصح . وكذا صححه النووي -رحمه الله تعالى- . وقال ابن الزبير : المتعة الزنا الصريح ، ولا أجد أحدًا يعمل بها إلا رجمته .

م: (**وقال مالك : هو جائز**) ش : أن نكاح المتعة ، جائز ، وقال الكاكي : هذا سهو ، فإن المذكور في كتب مالك حرمة نكاح المتعة . وقال في « المدونة» : ولا يجوز النكاح إلى أجل قريب أو بعيد وإن سمى صداقًا ، وهذا المتعة .

وقال الأكمل معتذرًا عن المصنف يجوز أن يكون شمس الأئمة الذي أخذ منه المصنف اطلع على قول له على خلاف ما في «المدونة» . انتهى .

قلت : لم يذكر في كتاب من كتب المالكية رواية تجوز المتعة ، وبالاحتمال نقل قول عن إمام من الأئمة غير موجه مع أن مالكًا روى في موطئه حديث الزهري من حديث علي بن أبي طالب -رضي الله تعالى عنه- « **أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر** » ، على ما يأتي بيانه عن قريب إن شاء الله .

وقال الأكمل هنا أيضًا معتذرًا : ليس من يروي حديثًا يكون واجب العمل ؛ لجواز أن يكون عنده ما يعارضه أو يترجح عليه ، انتهى .

قلت : عادة مالك أن لا يروى حديثًا في موطئه إلا وهو يذهب إليه ويعمل به ، ولو ذكر عنه ما ذكره الأكمل لذكره أصحابه ولم ينقل عنه شيء من ذلك .

م: (**لأنه**) ش : أي لأن نكاح المتعة م: (**كان مباحًا فيبقى إلى أن يظهر ناسخه**) ش : أي يبقى حكمه إلى أن يظهر ناسخه يحرم م: (**قلنا: ثبت النسخ بإجماع الصحابة- رضي الله عنهم-**) ش : بيان ذلك أنه وردت الأحاديث الدالة على نسخها .

منها ما رواه الترمذي من حديث الزهري عن عبد الله والحسن بن محمد بن علي عن أبيهما عن علي بن أبي طالب -رضي الله تعالى عنه- أن النبي ﷺ نهى عن متعة النساء وعن لحوم الحمر الأهلية زمن خيبر . وقال : حديث حسن صحيح .

وأخرجه بقية الستة ما خلا أبا داود -رحمه الله تعالى عنه- .

ومنها ما أخرجه مسلم وبقية أصحاب «السنن» من رواية الربيع بن سبرة عن أبيه أن النبي ﷺ نهى عن المتعة، وقال: إنها حرام من يومكم هذا إلى يوم القيامة.

ومنها رواه ابن حبان في «صحيحه» من حديث أبي هريرة -رضي الله تعالى عنه-، قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ في غزوة تبوك، فنزلنا ثنية الوداع، فرأى نساء يبكين، فقال: «ما هذا»، قيل: نساء استمتع بهن أزواجهن ثم فارقوهن، فقال رسول الله ﷺ: «حرم أو هدم المتعة النكاح والطلاق والعدة والميراث».

ومنها ما رواه مسلم من حديث سلمة بن الأكوع قال: رخص رسول الله ﷺ عام أوطاس في المتعة ثلاثة أيام ثم نهى عنها. ومنها ما رواه البيهقي من حديث أبي ذر إنما أحلت لنا أصحاب رسول الله ﷺ متعة النساء ثلاثة أيام ثم نهى عنها رسول الله ﷺ. ومنها ما رواه أبو داود في «سننه» من حديث الزهري قال: كنا عند عمر بن عبد العزيز -رضي الله تعالى عنه- فذكرنا متعة النسا، فقال رجل: قال الربيع بن سبرة: أشهد على أبي أنه حدث أن رسول الله ﷺ نهى عنها في حجة الوداع، انتهى[1].

ثم أجمعت الصحابة على أن المتعة قد انتسخت في حياة النبي ﷺ. فكانت الأحاديث ناسخة، والإجماع مظهر؛ لأن نسخ الكتاب والسنة بالإجماع ليس بصحيح على المذهب الصحيح.

فإن قلت: ما وجه الاختلاف المذكور في وقت تحريم المتعة لأنه جاء في زمن خيبر وفي وقت غزوة تبوك في عام أوطاس، وفي حجة الوداع؟

قلت: قال الماوردي: يصح أن ينهى عنها في زمن ثم ينهى عنها في زمن آخر توكيدًا، أو ليشهر ويسمعه من لم يكن سمعه أولاً أو سمع بعض الرواة في زمن وسمعه آخر في زمن، فنقل كل منهم ما سمعه وأضافه إلى زمن سماعه.

وقال بعضهم: هذا مما تداوله التحريم والإباحة مرتين والله أعلم.

وقال النووي: الصواب والمختار أن التحريم والإباحة كانا مرتين، وكانت حلالاً قبل خيبر ثم حرمت قبل خيبر ثم أبيحت يوم فتح مكة، وهو يوم أوطاس، ثم حرمت يومئذ بعده ثلاثة أيام تحريمًا مؤبدًا إلى يوم القيامة واستمر التحريم.

م: (وابن عباس -رضي الله عنهما- صح رجوعه إلى قولهم) ش: هذا جواب عما يقال: أين الإجماع وقد كان ابن عباس مخالفًا؟ فأجاب بقوله: وابن عباس صح رجوعه عن إباحة المتعة

(١) صحيح: رواه أبو داود في «نكاح المتعة» [٢٠٧٢].

فتقرر الإجماع ، والنكاح المؤقت باطل مثل أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة أيام . وقال زفر-رحمه الله- هو صحيح لازم ، لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة . ولنا أنه أتى بلفظ المتعة،والعبرة في العقود للمعاني ، ولا فرق بين ما إذا طالت مدة التوقيت أو قصرت ، لأن التأقيت هو المعين لجهة المتعة ، وقد وجد .

إلى قول الصحابة في تحريمها ، وروى جابر بن زيد أن ابن عباس ما خرج من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة م: (**فتقرر الإجماع**) ش : أي **إجماع الصحابة في تحريمها** .

م: (**والنكاح المؤقت باطل**) ش : وهو قول عامة الفقهاء ، وفي «المحيط » : كل نكاح مؤقت متعة ، وفي «ملتقى البحار» : النكاح المؤقت في معنى المتعة عندنا خلافًا لزفر م: (**مثل أن يتزوج الرجل امرأة بشهادة شاهدين عشرة أيام**) ش : هذه صورة النكاح المؤقت .

وقوله : -عشرة أيام- : ليس بقيد ، وكذا قوله : شهراً أو سنة ونحوهما ، والفرق بذكر لفظ التزوج في المؤقت دون المتعة ، وكذا بالشهادة فيه دون المتعة ، وحكى ابن عبد البر وابن قدامة الحنبلي والنووي عن زفر أن نكاح المتعة يصح ويتأبد عنده .

قال السروجي : ونقلهم غلط ، وإنما قال زفر في النكاح المؤقت كما ذكرته عن أصحابنا ، وهو الذي ذكره المصنف وغيره .

م: (**وقال زفر : هو صحيح لازم**) ش : أي النكاح المؤقت صحيح ، والتوقيت باطل طالت المدة أو قصرت ، لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة لأنه أتى بالإيجاب ، والشرط الزائد على ما يتم به النكاح ، فصح الإيجاب وبطل الشرط م: (**لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة**) ش : كما لو تزوجها بشرط أن لا يطلقها بعد شهر ، وعن إبراهيم النخعي : النكاح يهدم الشرط والشرط يهدم البيع ، وذلك لأن النكاح من الإسقاطات لأن معناه سقوط حرمة البضع في حق الزوج إلا أنه شرع ملكًا ضروريًا لأجل شرعية الطلاق ولهذا لا يبطل بالشرط الفاسد .

م: (**ولنا أنه**) ش : أي النكاح بالتوقيت م: (**أتى بلفظ المتعة**) ش : يعني أتى بمعنى المتعة بلفظ النكاح ؛ لأن معنى المتعة هو الاستمتاع بالمرأة لا لقصد مقاصد النكاح ، وهو موجود فيما نحن فيه ، لأنها لا تحصل في مدة قليلة م: (**والعبرة في العقود للمعاني**) ش : لا للألفاظ ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة ، والحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالة .

م: (**ولا فرق بين ما إذا طالت مدة التوقيت أو قصرت**) ش : احترز به عن قول الحسن بن زياد : انهما إن ذكرا من الوقت ما لم يعلم أنهما يعيشان إليه كمائة سنة أو أكثر كان النكاح صحيحاً ، لأنه في معنى التأبيد ، وهو رواية عن أبي حنيفة ، وأشار إلى وجه الظاهر بقوله :

م: (**لأن التوقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد**) ش : لأن مقتضى قوله : تزوجتك

ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة إحداهما لا يحل له نكاحها صح نكاح التي يحل نكاحها وبطل نكاح الأخرى لأن المبطل في إحداهما بخلاف ما إذا جمع بين حر وعبد في البيع ، لأنه يبطل بالشروط الفاسدة ،

التأبيد ، لأنه لم يوضع شرعاً إلا لذلك ، ولكنه يحتمل المتعة فإذا قال : إلى عشرة أيام عين التوقيت لجهة كونه متعة معنى ، وفي هذا المعنى المدة القليلة والكثيرة سواء ، واستشكل هذه المسألة بما إذا شرط وقت العقد أن يطلقها بعد شهر ، فإن النكاح صحيح ، والشرط باطل ، ولا فرق بينهما وبين ما نحن فيه .

وأجيب: بأن الفرق بينهما ظاهر ، لأن الطلاق قاطع للنكاح ، فاشتراط بعد شهر لينقطع به دليل على وجود العقد مؤبداً ، ولهذا لو مضى الشهر لا يبطل النكاح ، فكان النكاح صحيحاً والشرط باطلاً .

وأما صورة النزاع فالشرط إنما هو في النكاح لا في قاطعه ، ولهذا لو صح التوقيت لم يكن بينهما بعد مضي المدة عقد كما في الإجارة .

وقال الكاكي فيما يتعلق بمحلية النكاح : إن المناكحة بين أهل السنة والاعتزال ، قال الإمام الرسعني : لا يجوز ، وقال الإمام الفضل : من قال : أنا مؤمن إن شاء الله فهو كافر لا يجوز نكاح نسائهم .

وقال أبو حفص الكردي : لا ينبغي أن يزوج الحنفي بنته من الشفعوي ولكن يتزوج بنتهم وفي « فتاوى الصغرى »قال بعض المشايخ : يجوز أن يزوج بنته من الشفعوي ، وقياس ما ذكر الفصل لا يجوز ، وقيل : لا بأس بتزوج النهاريات وهو أن يتزوجها على أن يأتيها نهاراً دون الليل وكره ابن سيرين وجه هذا القيد .

وعن ابن دينار من المالكية: يفسخ قبل البناء وبعده ، وبعضهم قالوا : يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ويأتيها ليلاً ونهاراً ، قال : لأنه مؤبد ويلغو الشرط ، ولو نكح مطلقاً ونيته إن تمكن معها مدة فنكاحه صحيح ، وشدد الأوزاعي في جعله متعة ، وذكره النووي في شرح مسلم .

م: (**ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة و إحداهما لا يحل له نكاحها صح نكاح التي يحل نكاحها وبطل نكاح الأخرى**) ش : بإجماع الأئمة الأربعة ، وقال السروجي : وهو قول الجمهور من العلماء وأحد قولي الشافعي وابن حنبل .

م: (**لأن المبطل في إحداهما بخلاف ما إذا جمع بين حر وعبد في البيع**) ش : أي في عقدة واحدة حيث يفسد البيع في العبد م: (**لأنه**) ش : أي لأن البيع م: (**يبطل بالشروط الفاسدة**) ش : لأن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط ، بخلاف النكاح ، وأيضًا الشرط في البيع بمنزلة القمار لأنه مقابلتها بمال ،

وفي قبول العقد في الحر شرط فيه ، ثم جميع المسمى للتي يحل نكاحها عند أبي حنيفة -رحمه الله- وعندهما يقسم على مهر مثليهما ، وهي مسألة الأصل . .ومن ادعت عليه امرأة أنه تزوجها وأقامت بينة فجعلها القاضي امرزته ولم يكن تزوجها وسعها المقام معه ، وأن تدعه يجامعها ، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله- وهو قول أبي يوسف -رحمه الله- أولا ،

ولا كذلك النكاح .

وفرق آخر : وهو أن الحر لم يدخل تحت العقد فكان تبعًا للعبد بالحصة ابتداء ، وهو فاسد، والنكاح لا يفسد بذلك، ويدل على التفرقة بينهما ، لأنه لو قال : بعتك هذا العبد بقيمة ، أو لم يذكر شيئًا كان البيع فاسداً، أو لو قال : زوجتك ابنتي بمهر المثل، أو لم يذكر شيئًا كان النكاح صحيحًا ويجب مهر المثل.

م: (**وفي قبول العقد في الحر شرط فيه**) ش : أي في تصحيح البيع في العبد؛ لأنه لو لم يكن كذلك لزم تفريق الصفقة وذلك حرام، وشرط قبول الحرية شرط فاسد، والبيع يبطل بالشروط الفاسدة لا النكاح م: (**ثم جميع المسمى**) ش : في العقد يكون م: (**للتي يحل نكاحها عند أبي حنيفة**) ش : وبه قال الشافعي في قول .

م: (**وعندهما**) ش : أي عند أبي يوسف ومحمد م: (**يقسم على مهر مثليهما**) ش : وبه قال الشافعي في قول وأحمد، ففي قول- تستحق مهر المثل لفساد المسمى بجهالة ، وبه قال مالك في قول.

وفي «المغني» : تزوج أربعًا في حالة واحدة صح النكاح ، وكذا في أشهر قولي الشافعي وابن حنبل، وعنهما يجب لكل واحدة مهر مثلها م: (**وهي مسألة الأصل**) ش : أي «المبسوط».

م: (**ومن ادعت عليه امرأة أنه تزوجها وأقامت بينة فجعلها القاضي امرأته**) ش : بمقتضى شهادة البينة م: (**ولم يكن تزوجها**) ش : أي والحال أن الرجل لم يكن تزوج هذه المرأة م: (**وسعها المقام معه**) ش :- بفتح الميم وضمها - أي وسع المرأة الإقامة مع الزوج م: (**وأن تدعه**) ش : أي وسعها أيضًا أن تتركه م: (**يجامعها وهذا**) ش : أي هذا المذكور من الحكم م: (**عند أبي حنيفة - رضي الله تعالى عنه -**).

ش : وهذه المسألة [. . .] بين الفقهاء بأن قضاء القاضي بشهادة الزور في العقود والفسوخ ينفذ عند أبي حنيفة ظاهرًا وباطنًا ، ومعنى نفوذه ظاهر [. . .] فيما بينّا بثبوت التمكين والنفقة والغنم وغير ذلك ، ومعنى نفوذه ثبوت الحل عند الله تعالى م: (**وهو قول أبي يوسف أولاً**) ش : أي قول أبي حنيفة هو قول أبي يوسف أولاً .

وفي قوله الآخر وهو قول محمد -رحمه الله- لا يسعه أن يطأها وهو قول الشافعي -رحمه الله- لأن القاضي أخطأ الحجة إذ الشهود كذبه فصار كما إذا ظهر أنهم عبيد أو كفار ، وعن أبي حنيفة -رحمه الله- أن الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق لأن الوقوف عليهما متيسر . وإذا ابتنى

م: (**وفي قوله الآخر**) ش : أي قول أبي يوسف آخرًا م: (**وهو قول محمد :لا يسعه أن يطأها وهو**) ش : أي قول محمد م: (**قول الشافعي -رحمه الله-**) ش : وهو قول مالك وأحمد أيضًا ، وعلى هذا الاختلاف في البيع ، فلو ادعى بيع جاريته ولم يبعها في الواقع فيقضي بالجارية للمدعي حل وطؤها عنده خلافًا لهم ، وكذا لو ادعت المرأة الطلقات الثلاث على زوجها وهو ينكر ، وأقامت بينة ولم يكن طلقها في الواقع فقضى القاضي بالطلقات الثلاث ، وتزوجت بزوج آخر حل للثاني أن يطأها عنده ، وعندهم لا تحل للأول، ولا للثاني، وكذا الاختلاف في الفسخ .

والحاصل في المسألة أربع أقاويل ، فأبو حنيفة يقول : للثاني لا للأول وعندهما لا تحل للثاني ولا للأول للحرية .

والشافعي يقول : يطؤها الأول سرًا والثاني علانية ، وفيه اجتماع رجلين على امرأة واحدة في طهر واحد وهو قبيح ، والأوجه ما قاله أبو حنيفة -رحمه الله - ، كذا في «جامع المحبوبي» .

م: (**لأن القاضي أخطأ الحجة إذ الشهود كذبة**) ش : بالفتحات جمع كاذب، والخطأ في الحجة منع النفوذ باطنًا م: (**فصار كما إذا ظهر أنهم**) ش : أي الشهود م: (**عبيد أو كفار**) ش : أو محدودون في القذف، والمشهود له يعلم بحالهم، فإن قضاءه ينفذ ظاهرًا لا باطنًا، وكذا لو قضى بنكاح منكوحة الغير أو معتدة الغير بشهادة الزور فإنه ينعقد ظاهرًا لا باطنًا بالإجماع .

م: (**وعن أبي حنيفة أن الشهود صدقة**) ش : بالفتحات جمع صادق م: (**عنده**) ش : أي عند القاضي م: (**وهو الحجة**) ش : أي صدق الشهود عند القاضي هو الحجة م: (**لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق**) ش : الحاصل أن القاضي مأمور بالقضاء بنية صادقة ، والتكليف بحسب الوسع وليس في وسعه الوقوف على صدق الشهود حقيقة ، ولهذا إذا أقيمت البينة وثبت عنده صدقهم بالتعديل أو غيره يجب القضاء ، حتى لو لم ير ذلك على نفسه يكفر، ولو أخره يفسق، ورجحت ها هنا صدقهم بالتعديل في ظنه فيلزمه، فوجب تصحيح قضائه إن أمكن .

م: (**بخلاف الكفر والرق**) ش : هذا جواب عن قولهما : فصار كما أظهر أنهم عبيد أو كفار ، تقريره أن العبيد والكفار يعرفون بسيماهم م: (**لأن الوقوف عليهما مقيس بالأمارات ، وإذا ابتنى**

القضاء على الحجة وأمكن تنفيذه باطناً بتقديم النكاح نفذ قطعاً للمنازعة بخلاف الأملاك المرسلة، لأن في الأسباب تزاحماً فلا إمكان والله أعلم .

القضاء) ش : على صيغة المجهول م: (على الحجة) ش : وهي الشهادة الصادقة عند القاضي م: (وأمكن تنفيذه) ش : أي تنفيذ الحكم: (باطنًا) ش : بتقديم النكاح ، جواب عما يقال القضاء إظهار ما كان ثابتًا لا إثبات ما لم يكن ، والنكاح لم يكن ثابتًا، فكيف ينفذ القضاء باطنًا .

فأجاب بقوله : بتقديم النكاح، يعني بتقديم النكاح على القضاء بطريق الاقتضاء، كأنه قال : أنكحتك إياه وحكمت بينكما بذلك م: (**نفذ قطعًا للمنازعة**) ش : يحل له أن يطأها لئلا تنازعه في طلب الوطء ثانيًا .

فإن قيل : إن كان قضاؤه متضمنًا إن شاء بالعقد ثابتًا فيشترط الشهود عند قوله قضيت .

قلنا : قال شمس الأئمة السرخسي وغيره : إنه لا ينعقد باطنًا بقوله : قضيت، إلا بمحضر الشهود، وبه أخذ عامة المشايخ ، وهو قول الزعفراني .

وقيل : لا يشترط حضور الشهود لقضائه ؛ لأن العقد يثبت بمقتضى صحة قضائه في الباطن، وما يثبت بمقتضى صحة الغير لا يثبت بشرائطه كالبيع في قوله : أعتق عبدك عني بألف. وقد جرى «الأكمل» في هذه المسألة بحث مع شخص تولى من أولياء المرأة ، وذكره في شرحه ثم قال : وإمامنا في هذه المسألة **علي** - رضي الله تعالى عنه- ، وأقام شاهدين فقضى بالنكاح بينهما ، فقالت المرأة : إن لم يكن به يا أمير المؤمنين تزوجني منه. فقال علي - رضي الله تعالى عنه - : شاهداك زوجاك ، ولو لم ينعقد العقد بينهما بقضائه لما امتنع عن العقد عند طلبها ورغبة الزوج فيها، وقد كان في ذلك تحصينها من الزنا، وكان ذلك منه بشهادة الزور .

م: (**بخلاف الأملاك المرسلة**) ش : أي المطلقة عن إثبات سبب الملك إن ادعى ملكًا مطلقًا في الجارية أو الطعام من غير تعيين شراء أو إرث لا ينعقد القضاء فيها إلا ظاهرًا بالاتفاق حتى لا يحصل للمقضى له وطؤها م: (**لأن في الأسباب تزاحمًا**) ش : لأنها كثيرة ، ولا يمكن للقاضي تعيين شيء منها بدون الحجة. م: (**فلا إمكان**) ش : في تنفيذه إلا ظاهرًا، لأنه لا يمكن تقديم شيء من أسباب الملك في القضاء لعدم أولوية بعضها على بعض ، ولا يمكن تقديم الكل للاستحالة بخلاف القضاء بالنكاح، لأن طريقه متعين من الوجه .

قلنا : فيمكن تنفيذه وإثباته في الهبة والصدقة ، وعن أبي حنيفة روايتان في رواية ألحقها بالأنكحة والأشربة من حيث إنها تحتاج إلى الإيجاب والقبول، وفي رواية ألحقها بالأملاك المرسلة ؛ لأنه لا ولاية للقاضي ؛ لأنها تمليك مال الغير بغير عوض .

* * *

باب في الأولياء والأكفاء

وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وإن لم يعقد عليها ولي ، سواء كانت بكراً أو ثيباً عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- في ظاهر الرواية ، وعن أبي يوسف -رحمه الله- أنه لا ينعقد إلا بولي وعند محمد ينعقد موقوفاً . وقال مالك والشافعي -رحمهما الله- لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلاً

م: (**باب في الأولياء والأكفاء**)

ش : لما ذكر النكاح وألفاظه ومحله شرع في بيان العاقد والولي، أي هذا باب في بيان حال الأولياء والأكفاء . والأولياء جمع ولي وهو المالك ، يقال: ولي اليتيم والكفيل أي مالك أمرهما . والأكفاء جمع كفء وهو النظير ، ومنه كافأه أي سواه .

م: (**وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وإن لم يعقد عليها ولي**) ش : يعني هي زوجت نفسها بنفسها م: (**سواء كانت بكرًا أو ثيبًا**) ش : واحترز به عن قول أصحاب الظاهر ، فإنهم فصلوا بين البكر والثيب، فقالوا : إن كانت بكرًا لا يصح نكاحها بغير ولي، وإن كانت ثيبًا صح م: (**عند أبي حنيفة وأبي يوسف في ظاهر الرواية**) ش : احترز به عن رواية الحسن عن أبي حنيفة أنه قال : إن كان الزوج كفؤًا لها جاز النكاح ، وإلا فلا .

م: (**وعن أبي يوسف**) ش : يعني في غير ظاهر الرواية م: (**أنه لا ينعقد إلا بولي**) ش : أبو يوسف أولاً يقول: لا يجوز تزويجها من كفء أو غير كفء إذا كان لها ولي ثم رجع وقال : صح النكاح سواء كان الزوج كفؤًا لها أو لا ، وذكر الطحاوي قول أبي يوسف : إن الزوج إذا كان كفؤًا لها أمر القاضي بإجازة العقد ، فإن أجازه جاز وإن أبى لم يجز ولم يفسخ ، ولكن يجبر القاضي فيجز ، ذكره «في المبسوط».

م: (**وعند محمد ينعقد موقوفًا**) ش : إلى إجازة الولي سواء كان الزوج كفؤًا لها أو لا ، فإن الولي أجاز وإلا فلا ، ومن العلماء من قال : إن كانت غنية شريفة لم يجز تزويجها نفسها بغير رضا الولي، وإن كانت فقيرة يجوز تزويجها نفسها بغير رضا الولي .

م: (**وقال مالك والشافعي : لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلاً**) ش : ولا توكيلهن ، ولا بد من الولي أو السلطان عند عدمه ، ويروى ذلك عن بعض الصحابة والتابعين ومن بعدهم ، وقال مالك : إن كانت ذات حسن وجمال وشرف أو قال : يرغب في مثلها لم يصح نكاحها إلا بولي، وإن كانت بخلاف ذلك جاز أن يتولى نكاحها أجنبي برضاها، ولا تتولاه بنفسها .

قيل : هذا النقل عنه غلط ، والصحيح عنه أن الزانية إن زوجها الجار أو غيره ليس بولي جاز ، والتي لها موضع ، فإن زوجها غير الولي فرق بينهما ، فإن أجازه الولي أو السلطان جاز .

وللشافعي وأحمد شرط في ذلك ، واستدلا بقوله تعالى : ﴿ **فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن** ﴾ (البقرة : الآية ٢٣٢) ، قال الشافعي : هذه ابتدائية في كتاب الله - عز وجل - تدل على النكاح بغير ولي لا يجوز لأنه نهى الولي عن العضل ، أي المنع ، والمنع إنما يتحقق منه إذا كان الممنوع في جدة إذ الخطاب للأولياء .

وروى البخاري وأبو داود والترمذي والنسائي من رواية الحسن عن معقل بن يسار ، قال : كانت لي أخت تخطب إليّ فأمنعها . . . الحديث ، فأنزل الله تعالى هذه الآية : ﴿ **فلا تعضلوهن** ﴾ .

وروى الترمذي حديث ابن عمر : حدثنا سفيان بن عيينة عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة - رضي الله تعالى عنها - أن رسول الله ﷺ قال : « **أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل** » الحديث .

وأخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجة أيضًا [1]، وروى الترمذي من حديث أبي موسى الأشعري قال : قال رسول الله ﷺ : « **لا نكاح إلا بولي** » .

وأخرج الدارقطني في سننه من حديث قتادة عن الحسن عن عمران بن حصين عن ابن مسعود - رضي الله تعالى عنهما - قال : قال رسول الله ﷺ : « **لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل** »[2] .

وروى الدارقطني أيضًا من حديث ابن عمر - رضي الله تعالى عنهما - أن النبي ﷺ قال : « **لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل** » [3] .

رواه الحاكم من حديث أنس - رضي الله تعالى عنه - « **لا نكاح إلا بولي** »[4] رواه البيهقي من

---

(١) صحيح : رواه أبو داود [٢٠٨٣] ، الترمذي [١١١٤] ، ابن ماجة [١٨٧٩] ، الحاكم في المستدرك « باب السلطان ولي من لا ولي له » ص ١٦٨ ، عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة . . . مرفوعًا ، قال ابن جريج : فلقيت الزهري فسألته عن هذا الحديث ، فلم يعرفه ، فقلت له : إن سليمان بن موسى حدثنا به عنك ، قال : فأثنى على سليمان خيرًا ، وقال : أخشى أن يكون وهم علي ، وقد ينسى الثقة الحافظ ما حدث به أو يختلط عليه وسليمان بن موسى قال عنه ابن معين : ثقة في الزهري ، وهو من أثبت أصحابه فلا يضر عدم معرفة الزهري لأنه قد رواه ، ورواه عنه ثقة عارف بحديثه .

(٢) رواه الدارقطني (٣/ ٢٢٤) .

(٣) رواه الدارقطني (٣/ ٢٢٥) ، وفيه ثابت بن زهير وهو منكر الحديث . قاله البخاري .

(٤) رواه الحاكم ، وفيه إسماعيل بن سيف البصري وكان يسرق الحديث وهو من رواية يزيد الرقاشي وهو ضعيف .

لأن النكاح يراد لمقاصده والتفويض إليهن مخل بها . إلا أن محمداً - رحمه الله - يقول يرتفع الخلل بإجازة الولي .

حديث الحسن عن عمران بن حصين ، قال : قال رسول الله ﷺ : «**لا يجوز النكاح إلا بولي وشاهدي عدل** » .

وروى ابن ماجة من رواية هشام عن حسان عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « **لا تزوج المرأة المرأة ، ولا تزوج المرأة نفسها ، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها** » .

وروى ابن عدي في« الكامل» من حديث قبيصة بن ذؤيب عن معاذ بن جبل - رضي الله تعالى عنه - عن النبي ﷺ قال : « **أيما امرأة تزوجت بغير ولي فهي زانية** » .

وروى الطبراني في« الأوسط» من حديث أبي سفيان عن جابر مرفوعًا : « **لا نكاح إلا بولي ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له** » .

وروى ابن عدي في« الكامل »من حديث أصبغ بن نباتة عن علي - رضي الله تعالى عنه - عن النبي ﷺ قال : « **أيما امرأة تزوجت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فإن لم يكن لها ولي فالسلطان ولي من لا ولي له** » .

وفي الباب أيضًا عن عبد الله بن عمر وأبي ذر والمقداد بن الأسود والمسور بن مخرمة وأم سلمة وزينب بنت جحش -رضي الله تعالى عنهم .

وأما استدلالهم : بطريق المعقول فهو ما أشار إليه المصنف بقوله : م: (**لأن النكاح يراد لمقاصده**) ش : ومقاصده هو أن يستدعي التوافق بينهما عادة ولا يوفق عليها إلا بالعقل الكامل، وعقلها ناقص بالحديث م: (**والتفويض إليهن**) ش : أي تفويض عقد النكاح إلى النساء م: (**مخل بها**) ش : أي مقاصد النكاح ، لأنهن سريعات الاغترار سيئات الاختيار لاسيما عند هيجان الشهوة ، فإن الشهوة إذا ثارت حجبت العقول من تحسين النظر في العواقب .

قلنا : هذا مردود بما أذن لها الولي بأن يأذن الولي بخير الخلل ، فكان الواجب الجواز حينئذ وهم لا يقولون به .

وأشار إلى هذا بقوله : م: (**إلا أن محمدًا يقول : يرتفع الخلل بإجازة الولي**) ش : والاستثناء من قوله : مخل بها ، فالذي قاله محمد جواب بالرد لما قال الخصم، وتقرير ما قاله محمد أن الغرر الموهوم ينتفي بإجازة الولي ولا خلل في نفس العبد فيصح موقوفًا بإجازته .

وقال أيضًا : ينفذ عقد الولي عليها بسكوتها عنده ، ولو لم يكن له ولاية عليها لم ينفذ بسكوتها كالأجنبي .

ووجه الجواز أنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الأزواج

قلنا : سكوتها إذن منها : يجعل الشارع ذلك إذنًا منها فلم ينفذ إلا بإذنها لوكيلها . **قالوا** : يجب على الولي تزوجيها عند طلبها ولو لم يكن له ولاية لما وجب ذلك عليه .

قلنا : هذا ممنوع بل هي تأذن لمن يزوجها أو تباشر بنفسها ما لو قام بها وصف نقص بسلب أهلية الأمانة العامة والخاصة ، وسلب الشهادة فيما يندرىء بالشبهات ، وسقوط الجمعة والجماعات فصارت كالرخصة .

قلنا : هذا قياس شبهة باطل ، والنكاح ليس من الحدود ولا ما يندرىء بالشبهات ، وإنما سقطت الجمعة والجماعات للفتنة .

وقولهم : تبطل بالمسافر ، ولا بسلب عقدة الولاية ولا يوصف بسببه بالنقص ، قالوا : إن الولاية تبقى عليها بعد بلوغها نقص صداقها ، وفي حق الضم والإسكان .

قلنا : هذا لخوف الفتنة عليها .

قالوا : إنها قاصرة في البضع ، ولهذا لا تسافر وحدها .

قلنا : يبطل هذا بسفر بالحج ؛ فإنها تسافر بغير محرم ولا زوج عند مالك والشافعي .

م: (**ووجه الجواز**) ش : أي جواز عقد النكاح المرأة الحرة العاقلة البالغة برضاها ، وإن لم يعقد عليها ولي م: (**أنها تصرفت في خالص حقها**) **ش** : حتى كان البدل الواجب بمقابلتها لها م:(**وهي من أهله**) ش : أي المرأة من أهل التصرف خالص حقها م: (**لكونها عاقلة مميزة ولهذا**) **ش** : أي ولأجل كونها عاقلة مميزة م: (كان لها **التصرف في المال، ولها اختيار الأزواج**) **ش** : بالاتفاق وكل تصرف هذا شأنه فهو جائز .

فإن قلت: لا نسلم أنها تصرفت في خالص حقها ، بل في حق تعلق به حق الأولياء، ولهذا لا يجوز إذا لم يكن بكفء .

قلت: لا فرق في ظاهر الرواية فلا يرد عليه ، وأما على رواية الحسن عن أبي حنيفة – رحمه الله – فالجواب : أن المراد بخالص حقها ما كان من الموضوعات الأصلية، التي يترتب عليها النكاح من تمليك منافع بضعها وإيجاب النفقة والكسوة والمهر والسكنى ونحوها ، وكل ذلك خالص حقها فلا يعتبر بالعارض للحوق الماء بالأولياء.

فإن قيل : هذا استقلال بالرأي في مقابلة الكتاب والسنة : وكله فاسد، أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ **فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن** ﴾ (البقرة : الآية ٢٣٢) ، نهى الولي عن العضل وهو المنع ، وإنما يتحقق المنع إذا كان الممنوع في يده .

وأما السنة : فهي الأحاديث التي ذكرناها .

فنجيب أولاً عن الآية ، ثم عن الأحاديث : فنقول :

الآية مشتركة الإلزام ؛ لأنه نهاهم عن منعهن عن النكاح ، فدل على أنهم يمكنهم ، وإن قوله تعالى : ﴿ **فلا جناح عليهن فيما فعلن في أنفسهن** ﴾ (البقرة : الآية ٢٤٠) ، وقوله تعالى : ﴿ **حتى تنكح زوجًا غيره** ﴾ (البقرة : الآية ٢٣٠) ، وقوله تعالى : ﴿**أن ينكحن أزواجهن** ﴾ (البقرة : الآية ٢٣٢) ، يعارضهما .

وأما الجواب عن الأحاديث فيأتي واحدًا واحدًا ، فنقول :

أولاً : عن استدلال الشافعي بقوله تعالى : ﴿ **فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن**﴾ إنه يدل على نكاحها بمباشرتها من غير إذن الولي من وجوه :

الأول : أن الله تعالى أضاف العقد إليها .

الثاني : أن نهيه تعالى عن العضل إذا تراضى الزوجان .

الثالث: أن العضل إذا تراضى الزوجان .

الرابع: أن العضل اسم يشترك بمعنى المنع ، وبمعنى الضيق ، وآلة العضال ، وذلك كله ظاهر في منعه من الخروج والمراسلة في عقد النكاح ، والأظهر في الآية أن الخطاب للأزواج ، لا للأولياء .

قال الله تعالى : ﴿ **وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف** ﴾ (البقرة : الآية ٢٣٢) ، وذلك بالحبس وتطويل العدة عليهن لقوله تعالى : ﴿**ضرارًا لتعتدوا** ﴾ وكانوا يطلقون فيراجعون إذا قرب انقضاء عدتهن من غير حاجة ضرر .

وقال الإمام فخر الدين بن الخطيب : المختار أنه خطاب للأزواج ، لا للأولياء ، قال : وتمسك الشافعي بها ممنوع على المختار ، رواه ابن عباس ، وأيضًا ثبوته في حق الولي ممتنع ؛ لأنه مهما عزل فلا يبقى بعضلها أثر .

وأما الجواب عن حديث معقل بن يسار ، فإن الرازي قال : في طريقه مجهول ؛ فلا يكون حجة عندهم .

وأما حديث عائشة – رضي الله عنها – فمداره على الزهري ، وابن جريج سأله عنه فلم يعرفه . وفي رواية فأنكره فسقط عباؤه .

وقال الطحاوي : قد يثبت عن عائشة – رضي الله تعالى عنها – ما يخالف هذا الحديث ؛

....

فإنها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن بن المنذر من الزبير ، وعبد الرحمن غائب بالشام ، ولما قدم قال : أمثل هذا يصنع به أو يعاب عليه ، فكلمت عائشة-رضي الله تعالى عنها - المنذر . فقال المنذر : إن ذلك بيد عبد الرحمن ، فقال عبد الرحمن : ما كنت أرد أمرًا قضيته ، ومرت حفصة عنده ، ولم يكن ذلك طلاقًا ، قال : فلما رأت عائشة تزويجها جائزًا مستقيمًا استحال عندنا أن تكون ترى ذلك ، وقد علمت ما نسب إليها من رواية الزهري .

فإن قلت: قال ابن حزم في «المحلى» : هذا مشهور ، ثم ذكر إنكاح عائشة حفصة، وفيه أمرت رجلاً فأنكح ، ثم قال : ليست إلى النساء إلا النكاح، قال : فصح يقينًا بهذا رجوعها عن العمل الأول ، قال : كتب إليّ داود بن سماعة بهذا .

قلت: قال السروجي : ما أجهله بالفقه وأصوله ، وهل يقول أحد في العالم إن كتاب ابن سماعة يفيد اليقين والعلم الضروري ، مع أنه لا يعرف صحة سنده، ولا يعرف من روى هذا بإسناد اليقين ، وخبر الواحد بالمشافهة لا يفيد يقينًا ، فما ظنك بكتابه؟

فإن قلت: هذا الحديث قد روي بطرق كثيرة .

قلت: في طريقه زيد بن يسار بن مزود الرهاوي ، قال أحمد، وعلي بن المديني والدارقطني : هو ضعيف، وقال يحيى : ليس بشيء ، وقال النسائي والأزدي : متروك الحديث، وفيها عبد الله بن حكيم أبو بكر الرازي ، عن هشام بن عرفة، وقال نوح بن دراج القاضي ، قال يحيى : ليس بثقة ، ولا يدري بالحديث .

وقال النسائي : قال يحيى وعلي وأحمد : وهو ليس بشيء، ولا يكتب حديثه، وفيه أبو الحصين وهو مجهول ، وفيه عطاء بن عجلان الحنفي العطار، وقال الترمذي : ذاهب الحديث، وفيه أبو مالك الحسن ضعفه مسلم ، وفيه الحجاج بن أرطاة وفيه كلام كثير ، وفيه عبد الله بن لهيعة وهو معروف الحال، والعجب أنهم يضعفونه ، وهو عند كون الحديث عليهم ، ويحتجون به عند كون الحديث لهم ، وفيها ابن ربيعة ضعفه ابن معين ، وقال : ليس بشيء .

وأما حديث أبي موسى الأشعري فرواه أبو إسحاق الهمداني ، عن أبي بردة فضعفه شعبة، وسفيان الثوري، وأبو إسحاق مدلس ، وقد قال عن أبي بردة؛ فلا يكون حجة .

وأما حديث ابن مسعود ففيه بكر بن بكار ، قال يحيى : ليس بشيء . وأما حديث ابن عمر - رضي الله تعالى عنهما - ففيه ثابت بن زهير، قال أبو حاتم : منكر الحديث، وضعفه ابن عدي، وابن حبان . وقال أبو داود : موقوف على ابن عمر .

وأما حديث عمران بن حصين فقد قال السروجي : ليس له حديث عن النبي ﷺ وإنما رواه

....

عن ابن مسعود .

وأما حديث أبي هريرة ففيه جميل بن الحسن العتكي، ومسلم بن أبي مسلم، لا يعرفان .

وأما حديث معاذ بن جبل - رضي الله تعالى عنه - ففيه نوح بن أبي مريم أبو عصمة، ضعفه ابن معين والدارقطني .

وأما حديث جابر - رضي الله تعالى عنه - ففيه ثعلبة بن الوليد أبو محمد الحمصي، وكان مدلسًا ، وقالوا : أبو مسهر ثعلبة غير ثقة ، ويروي عن قوم مجهولين متروكين، لا يحتج بهم .

وأما حديث علي - رضي الله تعالى عنه - ففيه أصبغ بن نباتة أبو الق اسم الحنظلي، ليس بثقة ولا يساوي شيئًا ، قال ابن معين وقال النسائي : متروك الحديث وفيه عمر بن صبيح التميمي أبو نعيم ، قال : أنا الذي وضعت خطبة النبي ﷺ ، وكان يضع الحديث ، وفي الجملة قد ضعف البخاري هذه الأحاديث .

وقال يحيى بن معين ، وإسحاق بن راهويه : تنسب إليه ثلاثة أحاديث لم تثبت عن رسول الله ﷺ .

أحدها :« **لا نكاح إلا بولي**» ، وثانيها :« **من مس ذكره فليتوضأ**» . ثالثها: «**ما أسكر كثيره فقليله حرام** »، رواه عنهما ابن عون [. . .] وشمس الدين السبط بن الجوزي : وقال يحيى بن معين : لا يصح في هذا الباب إلا حديث عائشة ، قلنا : قد روي ما يخالف حديثها ، وقد ذكرناه عن قريب

وقال الحافظ أبو جعفر الطحاوي : فلما لم يكن في هذه الأقاويل دليل على ما ذهب إليه أهل المقالة الأولى ، وأراد بهم الشافعي ومالكًا ، وأحمد ، وإسحاق ، وأبا ثور ، نظرنا فيما سواها ، هل نجد شيئًا يدل على الحكم في هذا الباب ، كيف هو ؟ فإن يونس قد حدثنا قال : أخبرنا ابن وهب ، أن مالكًا حدثه ، عن عبد الله بن الفضل ، عن نافع بن جبير بن مطعم ، عن ابن عباس - رضي الله تعالى عنهما - أن النبي ﷺ قال : « **الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها سكوتها** » وأخرجه من ثلاث طرق، ثم قال : فبين ذلك رسول الله ﷺ هذا الحديث بقوله : « **الأيم أحق بنفسها من وليها** » .

وهذا الحديث أخرجه أيضًا الترمذي ، عن يحيى بن يحيى عن مالك ، ثم قال : هذا حديث حسن صحيح . وأخرجه النسائي [1] ، والأيم بفتح الهمزة وتشديد الياء التي هي آخر الحروف ،

---

(١) رواه النسائي [٣٠٦١] عن صالح بن كيسان عن نافع بن جبير عن ابن عباس بلفظ : «**ليس للولي مع الثيب أمر**».

....

وهو في «الأصل»التي لا زوج لها بكرًا كانت أو ثيبًا، مطلقة كانت أو متوفى عنها زوجها . **قيل :** وأراد بها هنا الثيب خاصة، على ما نبين إن شاء الله تعالى .

وقد ذكرت في شرحي لمعاني الآثار للطحاوي ، وقد اختلف في معنى الأيم هنا مع اتفاق أهل اللغة ، أنه يطلق على كل امرأة لا زوج لها صغيرة كانت أو كبيرة، بكرًا كانت أو ثيبًا ، وذهب علماء الحجاز ، وكافة العلماء إلى أن المراد بها ها هنا الثيب التي فارقها زوجها، وقالوا: بأنه أكثر استعمالاً فيمن فارقت زوجها بموت أو طلاق، وبرواية الأثبات فيه الثيب مفسرًا ، وهو أيضًا لفظ مسلم : «**الثيب أحق بنفسها من وليها**»، ويقابله: « **البكر تستأمر في نفسها** »، ولو كان المراد بالأيم كل ما لا زوج لها من الأبكار وغيرهن ،وأن جميعهن أحق بأنفسهن لم يكن لتفصيل الأيم من البكر معنى .

وذهب الكوفيون وزفر إلى أن الأيم هنا يطلق على ظاهره في اللغة ، فإن كل امرأة بكرًا كانت أو ثيبًا إذا بلغت فهي أحق بنفسها من وليها وعقدها على نفسها جائز ، وهو قول الشعبي ، والزهري أيضًا ، قالوا: وليس الولي من أركان صحة العقد ، ولكن من تمامه وجماله .

قلت: لا شك أن قوله عليه السلام : « **الأيم أحق بنفسها** » عام يتناول الثيب والبكر والمتوفى عنها زوجها ، ويجب العمل بعموم العام ، وأنه موجب للحكم فيما يتناوله قطعًا .

فإن قلت: رواية الثيب أحق بنفسها تفسر الأيم أحق بنفسها .

قلت: هذه الرواية ليست فيها إجمال حتى تكون تلك الرواية مفسرة لها بل يعمل بكل واحدة من الروايتين ، فيعمل برواية الأيم على عمومها ، وبرواية الثيب على خصوصها ، ولا منافاة بين الروايتين ، على أن أبا حنيفة يرجح العمل بالعام على العمل بالخاص ، ويجمع الأيم على الأيامى .

وقال الجوهري : الأيامى الذين لا أزواج لهم من الرجال والنساء ، وأصلها أيايم، فقلبت؛ لأن الواحد أيم ، سواء كان تزوج من قبل أو لم يتزوج ، وامرأة أيم أيضًا بكرًا كانت أو ثيبًا ، وقد أمت المرأة من زوجها ، تيم أيمة، وإيماء، وأيمومًا، وأيمت المرأة وتأيم الرجل زمانًا إذا مكث لا يتزوج ، وقيل : أكثر ما يستعمل في النساء، وقد قيل في المرأة : أيمة، قوله : والبكر تستأذن ، أي يطلب منها الإذن في نكاحها .

فإن قلت: قال الترمذي بعد أن ذكر هذا الحديث : وقد احتج به بعض الناس في إجازة النكاح بغير ولي، وليس فيه ما قد احتجوا به ؛ لأنه قد روي من غير وجه، عن ابن عباس، عن النبي ﷺ : « **لا نكاح إلا بولي** » وهكذا أفتى به بعد النبي ﷺ فقال : «**لا نكاح إلا بولي** » . وإنما معنى قوله

ﷺ : « **الأيم أحق بنفسها من وليها** » عند أكثر أهل العلم ؛ لأن الولي لا يزوجها إلا برضاها .

قلت : هذا الذي [ذكره] لا يليق بحاله ؛ لأن هذا الكلام لا يصدر من مثله ؛ لأن [فتوى ابن] عباس متى تساوي هذا الحديث الصحيح المجمع على صحته، وحديث ابن عباس متكلم فيه، وقد ذكرنا . . .

فإن قلت: لم ترك المصنف الاستدلال من الجانبين بالحديث لغيره من المصنفين؟ .

قلت: قال الأكمل : وإذا كان الكتاب والسنة متعارضين ترك المصنف الاستدلال بهما للجانبين ، وصار أي المعقول ، انتهى .

قلت: ليس فيه ما يشفي العليل على ما لا يخفى على المتأمل، وما استدل به أصحابنا ما رواه الدارقطني من حديث ابن عباس - رضي الله تعالى عنهما - عن النبي ﷺ أنه قال : « **ليس للولي من الثيب أمر، والبكر يستأمرها أبوها في نفسها** »[1] ، ومنه ما رواه أبو بكر بن أبي شيبة في «مصنفه» أن رجلاً زوج ابنته وهي كارهة ، فقال ﷺ : « **لا نكاح لك فانكحي ما شئت** » .

وروي أيضًا من حديث عكرمة، عن ابن عباس أن جارية بكرًا أتت النبي ﷺ وقد ذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ ، قيل : رجاله ثقات ، وأعله بالإرسال[2] .

قلت: المرسل عندنا حجة ، ومنه ما روي عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ رد نكاح بكر وثيب أنكحهما أبوهما ، وقال الدارقطني : الصواب عن المهاجر عن عكرمة مرسل .

قلت: المرسل حجة به ما رواه الدارقطني عن أبي سلمة قال : أنكح رجل من بني المنذر ابنته

---

(١) رواه الدارقطني في «النكاح» ص ٣٨٩ ، ثم قال : لم يسمعه صالح من نافع إنما سمعه من عبد الله بن الفضل عنه، اتفق على ذلك ابن إسحاق وسعيد بن سلمة عن صالح ، وكأن معمرًا أخطأ فيه ، وقال النسائي : لعل صالح بن كيسان سمعه من عبد الله بن الفضل ، وقال صالح : إنما سمعته من عبدالله بن الفضل ، وهذا الاختلاف لا يضر، فإن عبد الله بن الفضل ثقة .

(٢) رواه أبو داود [٢٠٩٦] ، والنسائي [٣٠٦٦] ، وابن ماجة [١٨٧٥] ، عن حسين ثنا جرير عن أيوب، عن عكرمة عن ابن عباس . . . مرفوعًا . قال البيهقي في السنن (٧/ ١١٧) : أخطأ فيه جرير بن حازم على أيوب السختياني والمحفوظ عن أيوب ، عن عكرمة ، عن النبي . . . مرسلاً .

وقال ابن أبي حاتم في «العلل» ص ٤١٧ « النكاح» : سألت أبي عن حديث حسين فقال : هو خطأ إنما هو كما روى الثقات حماد بن زيد ، وابن علية عن أيوب عن عكرمة . . . مرسلاً ، وهو الصحيح ، فقلت له : الوهم ممن ؟ فقال : ينبغي أن يكون من حسين ؛ فإنه لم يروه عن جرير بن حازم عن غيره .

قلت: وكلام البيهقي أوجه لأن جرير له أوهام إذا حدث من حفظه كما صرح بذلك الحافظ . أما حسين فهو ثقة لا مغمز في رواياته . والله أعلم.

وإنما يطالب الولي بالتزويج كيلا تنسب إلى الوقاحة ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفؤ وغير الكفؤ ، لكن للولي الاعتراض في غير الكفؤ ، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- أنه لا يجوز التزويج في غير الكفؤ لأنه كم من واقع لا يدفع ،

وهي كارهة ، فرد رسول الله ﷺ نكاحها .

وروى الدارقطني أيضًا عن أبي سعيد الخدري - رضي الله تعالى عنه - أنه عليه السلام قال : « **لا تنكحوهن إلا بإذنهن** »[1] ، وعن الحكم قال : كان علي - رضي الله تعالى عنه - إذا رفع إليه رجل تزوج امرأة بغير ولي ، فدخل بها أمضاه ، فلو كان وقع باطلاً كما زعم الشافعي لما أمضاه .

م: (**وإنما يطالب الولي**) ش : هذا جواب عما يقال إذا تصرفت في خالص حقها فلم أمر الولي م: (**بالتزويج**) ش : إذا طالبه ، وأي حاجة لها إلى طلب التصرف من الولي في خالص حقها .

فأجاب بقوله : وإنما يطالب الولي بصيغة المجهول بالتزويج م: (**كيلا تنسب**) ش : المرأة م: (**إلى الوقاحة**) ش : من وقح الرجل إذا صار قليل الحياء فهو وقح ، ووقاح بين الوقحة والوقاحة والقحة وامرأة وقاح الوجه ، وذلك لأنها تستحي من الخروج إلى محافل الرجال لتباشر العقد، لأن هذا يعد منها وقاحة لأنها لا تقدر على المباشرة .

م: (**ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفؤ وغير الكفؤ**) ش : إذا زوجت نفسها من كفء أو من غير كفء جاز نكاحها ، وروي عن الحسن أنه لا يجوز من غير كفء ، ومثله في «المحيط ». وفي «قاضي خان» : يجوز في ظاهر الرواية كما ذكره المصنف .

م: (**لكن للولي حق الاعتراض في غير الكفء**) ش : دفعًا للعار عنه ، هذا إذا لم تلد، فإن ولدت فلا حق للولي في الفسخ كذا ، في «قاضي خان» و«الخلاصة ». وفي «شرح شيخ الإسلام» : له حق الفسخ بعد الولادة .

م: (**وعند أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يجوز التزويج في غير الكفء**) ش : وهي رواية الحسن كما ذكرنا ، وفي فتاوي «قاضي خان» و«القنية » : المختار للفتوى في زماننا رواية الحسن، وفي رواية الكافي وبقوله أخذ كثير من المشائخ ، قال شمس الأئمة في المبسوط : هذا أقرب إلى الاحتياط م: (**لأنه كم من واقع لا يدفع**) ش : أي كم من قضية تقع ولا يقدر أحد على دفعها ، لأنه ليس كل ولي يحبس المدافعة إلى القاضي ، ولا كل قاضٍ يعدل ، فكان الأحوط سد باب التزويج

---

(١) رواه الدارقطني (٣/ ٢٣٧) ، عن جعفر بن عون ، نا ربيعة بن عثمان، عن محمد بن يحيى بن حبان ، عن نهار العبدي ، عن أبي سعيد . . . مرفوعًا .

وربيعة بن عثمان صدوق له أوهام .

ويروى رجوع محمد إلى قولهما ، ولا يجوز للولي إجبار البكر البالغة على النكاح خلافاً للشافعي -رحمه الله- له الاعتبار بالصغيرة وهذا لأنها جاهلة بأمر النكاح لعدم التجربة ولهذا يقبض الأب صداقها بغير أمرها . ولنا أنها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية الإجبار ، والولاية على الصغيرة

من غير كفء . قال الشيخ صدر الإسلام : لو زوجت المرأة المطلقة الثلاث نفسها من غير كفء ودخل بها الزوج ثم طلقها لا تحل على الزوج الأول على ما هو المختار من رواية الحسن . وفي الحقائق هذا مما يجب حفظه لكثرة وقوعه .

م: (**ويروى رجوع محمد إلى قولهما**) ش : أي إلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف يعني ينعقد نكاحها أيضًا عنده بلا ولي ، يتوقف على إجازته ، كما هو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف ، وكذا ذكره أيضًا في «البدائع» ، وفي «قاضي خان» كان أبو يوسف يقول يتوقف على إجازة الولي كفؤًا كان أو لا ، ثم رجع ، وقال : يجوز في الكفء ، ويتوقف في غيره ثم رجع ، وقال : يجوز فيهما ، وفي رواية الطحاوي عنه ي: جبره القاضي .

م: (**ولا يجوز للولي إجبار البكر البالغة على النكاح**) ش : يريد أنه لا يزوجها بغير رضاها ، فإن فعل ذلك فالنكاح موقوف على إجازتها عندنا ، فإن ردته بطل ، وإن سكتت عند استئذان وليها لها فهو إذن منها ، وهو قول الأوزاعي والشعبي وطاوس والحسن بن حي وأبي عبيدة ، والثوري وأبي ثور وأحمد ، وفي رواية والظاهرية واختاره ابن المنذر م: (**خلافًا للشافعي**) ش : وبقوله قال مالك في أشهر الروايتين عنه ، وأحمد في رواية ، وابن أبي ليلى ، وعند الحسن البصري : أن البنت أيضًا ، وعن إبراهيم : إن كانت المرأة في عيال أبيها لم يستأمرها ، وإن كانت في عيال غيره استأمرها ، ولكن يستحب عند السلف استئذانها .

م: (**لـه**) ش : أي الشافعي م: (**الاعتبار بالصغيرة**) ش : أي القياس على الصغيرة ، لأن الصغيرة إذا كانت بكرًا تزوج كرهًا ، فكذا البالغة والجامع بينهما الجهالة ، وأشار إلى هذا بقوله م:(**وهذا**) ش : أي وجوب الاعتبار بالصغيرة م: (**لأنها جاهلة بأمر النكاح لعدم التجربة**) ش : لأنها لم تمارس الرجال فلا تقف على مصالح النكاح ومفاسدها ، فكان بلوغها بكرًا كبلوغها مجنونة م: (**ولهذا**) ش : أي ولأجل كونها جاهلة بأمر النكاح م: (**يقبض الأب صداقها بغير أمرها**) ش : كما في الصغيرة .

م: (**ولنا أنها**) ش : أي البكر البالغة م: (**حرة مخاطبة**) ش : فالحرية والخطاب وصفان مؤثران في ولاية الاسترداد بالتصرف م: (**فلا يكون للغير عليها ولاية الإجبار**) ش : كما في المال م: (**والولاية على الصغيرة**) ش : جواب عن قياس الشافعي على الصغيرة تقديره أن القياس على الصغيرة قياس

لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ ، بدليل توجه الخطاب عليها فصار كالغلام ، وكالتصرف في المال ، وإنما يملك الأب قبض الصداق برضاها دلالة ، ولهذا لا يملك مع نهيها ، قال : فإذا استأذنها الولي فسكتت أو ضحكت فهو إذن ، لقوله عليه السلام :«البكر تستأمر في نفسها ، فإن سكتت فقد رضيت » ، ولأن جهة الرضاء فيه راجحة ، لأنها تستحي عن اظهار الرغبة لا عن الرد والضحك أدل على الرضاء من السكوت ، بخلاف ما إذا بكت ، لأنه دليل السخط والكراهة .

بالفارق ، لأن الولاية على الصغيرة م: (**لقصور عقلها**) ش : وفيما نحن فيه ليس موجود م: (**وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب عليها فصار**) ش : أي فصار الإجبار عليها م: (**كالغلام**) ش : أي كالإجبار على الغلام إذا كان بالغًا م: (**وكالتصرف في المال**) ش : أي صار كالتصرف في المال ، أي مال البكر البالغة ، فإنه لا يجوز للأب التصرف فيه م: (**وإنما يملك**) ش : جواب عن قوله ولهذا يقبض الأب صداقها تقريره إنما يملك م: (**الأب قبض الصداق برضاها دلالة**) ش : يعني بالسكوت لأن الظاهر أن البكر تستحي عن قبض صداقها وأن الأب هو [الذي] يقبض حتى يجهزها بذلك مع مال نفسه ليبعثها إلى بيت زوجها ، فكان ذلك إذنًا لا ولاية .

م: (**ولهذا**) ش : أي ولأجل ذلك م: (**لا يملك**) ش : أي الأب قبض صداقها م: (**مع نهيها**) ش: أبيها عن ذلك لأن الدلالة تبطله بالصريح ولم يستدل المصنف للشافعي بالحديث ولا لنا ، والأحاديث التي استدل بها أصحابنا في هذا الباب قد ذكرناها عن قريب .

م: (**قال**) ش : أي القدوري م: (**فإذا استأذنها الولي**) ش : أي فإذا طلب الولي الإذن منها قبل النكاح ، قال في «المبسوط » : يستأذنها خالية لا في ملأ من الناس كيلا يمنعها الحياء من الرد أو لا يذهب الحشمة الأب عند الناس بردها م: (**فسكتت أو ضحكت فهو إذن**) ش : أي سكوتها وضحكها إذن ، وكذا إذا ابتسمت يكون رضا وهو الصحيح من المذهب ، ذكره الحلواني كذا في المحيط م: (**لقوله عليه السلام**) ش : أي لقول النبي ﷺ م: (« **البكر تستأمر في نفسها، فإن سكتت فقد رضيت**) ش : هذا غريب بهذا اللفظ ، وروى الأئمة الستة من حديث أبي هريرة - رضي الله تعالى عنه - أن النبي ﷺ قال : « **لا تنكح الأيم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن** » قالوا : يا رسول الله ﷺ وكيف إذنها ؟ قال : « **إن سكتت** » .

م: (**ولأن جهة الرضاء فيه راجحة**) ش : أي لأن جانب الرضا يرجح على جانب الرد م:(**لأنها تستحي عن إظهار الرغبة لا عن الرد والضحك أدل**) ش : أي أكثر دلالة م: (**على الرضا من السكوت**) ش : أي على الرضا بالمسموع عن السكوت لأن الضحك علامة السرور والفرح بما سمعت م: (**بخلاف ما إذا بكت، لأنه دليل السخط والكراهة**) ش : والبكاء على السرور نادر ، فلا عبرة به ، ولكن ليس برد ، حتى لو رضيت بعده ينفذ الحكم .

وقيل إذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضاً ، وإذا بكت بلا صوت لم يكن رداً ، وإن أبت لم يزوجها .

م: (**وقيل : إذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضًا**) **ش** : والضحك الذي يكون بطريق الاستهزاء معروف بين الناس ، وفي «المرغيناني» و«الحاوي » : إن بكت وكان دمعها باردًا يكون رضًا ، وإن كان حارًا لا يكون رضًا م: (**وإذا بكت بلا صوت لم يكن ردًا، وإن أبت لم يزوجها**) **ش**: وفي «المبسوط» قال بعض المتأخرين : إذا كان لبكائها صوت كالويل يكون ردًا ، وأما إذا خرج الدمع من غير صوت لا يكون ردًا ، لأنها تحن على مفارقة أبويها وعليه الفتوى .

وعن أبي يوسف أن البكاء رضا ، وفي «جامع قاضي خان» يأخذ بدموع عينها ، إن كانت باردة فهي من السرور فيكون رضا ، وإن كانت حارة فهي من الحزن فيكون ردًا . وقيل : إن كان عذبًا فرضا ، وإن كان مالحًا فرد . وقال الشافعي : البكاء رضا إلا أن يكون مع الصياح أو ضرب الخد .

فائدة : في كتاب «الأجناس» من جعل السكوت رضًا في عشر مسائل :

الأولى : السكوت عند اشتجار الولي .

الثانية : في بيع الملحثة، لو قالا في السر يظهر البيع علانية وهو تلحثة ، ثم قال أحدهما للآخر : خذ به إلى أن جعله بيعًا صحيحًا فسكت الآخر ، ثم تبايعا كان البيع صحيحًا .

الثالثة : وقع عبد مسلم في الغنيمة بعدما أسره المسكوت ، فقسمت ، ومولاه حاضر ساكت ، ولم يطالب العبد ، فلا سبيل له على العبد بعد ذلك .

الرابعة : قبض المشتري المبيع بغير إذن البائع ، وهو ساكت قبل نقد الثمن ، فهو إذن له فيه .

الخامسة : رأى عبدًا يبيع ويشتري ، فسكت فهو إذن له في التجارة .

السادسة : سكوت الشفيع بعد العلم بالبيع يبطل حقه فيها .

السابعة : عبده بيع وهو ساكت ، ثم قال : أنا حر لا يقبل ، رواه الطحاوي في «مختصره» ، فقال له : قم مع مولاك، فقام لزمه البيع .

الثامنة : قال : والله لا أسكن فلانًا داري ، أو لا أتركه في داري، وهو نازل فيها فسكت يحنث ، وإن قال له : أخرج، فأبى أن يخرج ، فسكت الحالف لا يحنث .

التاسعة : ولدت امرأته ولدًا ، فهنأه الناس به ، فسكت لزمه .

العاشرة : بلغها الخبر فسكتت .

وزاد السروجي عليها أربعة أخرى :

قال وإن فعل هذا غير الولي ، يعني استأمر غير الولي أو ولي غيره أولى منه لم يكن رضى حتى تتكلم به ، لأن هذا السكوت لقلة الالتفات إلى كلامه فلم يقع دلالة على الرضاء ، ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء بمثله للحاجة ، ولا حاجة في حق غير الأولياء

الأولى : لو قبض الموهوب في المجلس، والواهب ساكت ملكه استحسانًا .

الثانية : قبض المبيع في البيع الفاسد ، والبائع ساكت ملكه المشتري .

الثالثة : لو جاءت أم الولد بولد آخر فسكت المولى يومًا أو يومين لزمه ، ولا يصح نفيه بعد ذلك .

الرابعة : مجهول النسب إذا بيع وهو ساكت ينظر صح بيعه ، وصار كأنه أقر بالبيع .

وقد ذكر الكاكي خمسة أخرى :

الأولى : إذا هنئ بالولد فسكت لزمه .

الثانية : قال لغيره : بع عبدي ، فسكت ، ثم قام وباع كان ذلك قبولاً للتوكيل .

الثالثة : شق زق غيره وهو حاضر ، فسكت حتى سال ما فيه لم يضمن .

الرابعة : زوج الصغيرة غير الأب والجد، فبكت بكرًا ، فسكتت ساعة بطل خيارها .

الخامسة : رأى غيره يبيع ماله عرضًا أو عقارًا فقبضها المشتري فتصرف فيها زمانًا وهو ساكت سقطت دعواه ، ذكره في «منية الفقهاء» .

م: (**قال**) ش : أي محمد في« الجامع الصغير» م: (**وإن فعل هذا**) ش : يعني الاستدلال م: (**غير الولي**) ش : أي من الأجانب ، وفسر قوله - فإن فعل هذا - بقوله م: (**يعني استأمرها غير الولي أو ولي غيره**) ش : أي لو استأمرها ولي غيره م : (**أولى منه**) ش : كاستئذان الأخ مع وجوب الأب، قوله : - غيره أولى منه - جعله وقف صفة لقوله ولي الضمير في منه يرجع إلى الغير م: (**لم يكن رضى حتى تتكلم به ، لأن السكوت لقلة الالتفات**) ش : أي لقلة التفاتها م: (**إلى كلامه فلم يقع دلالة على الرضاء**) ش : وبه قال الشافعي .

م: (**ولو وقع**) ش : أي السكوت دليلاً على الرضا م: (**فهو محتمل**) ش : أي محتمل الإذن والرد م: (**والاكتفاء بمثله**) ش : أي بمثل السكوت المحتمل م: (**للحاجة**) ش : أي حاجة الإنكاح ، ولا يوجد ذلك في حق غير الولي وهو معنى قوله م: (**ولا حاجة في حق غير الأولياء**) ش : وهذا رد لقوله - ولو وقع - أي السكوت .

وفي «المبسوط »: وحكي عن الكرخي أن سكوتها عند استئمار الأجنبي يكون رضًا ، لأنها تستحي من الأجنبي أكثر مما تستحي من الولي ، والأول أصح، ولا يكون إذنًا إذا استأمرها قريب

بخلاف ما إذا كان المستأمر رسول الولي لأنه قائم مقامه، ويعتبر في الاستئمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه ،

كافر أو عبد مكاتب م: (**بخلاف ما إذا كان المستأمر رسول الولي**) ش : يعني يكون استئمار رسول الولي كاستئمار الولي .

م: (**لأنه**) ش : أي لأن رسول الولي م: (**قائم مقامه**) ش : أي مقام الولي، وفي «البدائع» : استئذان البكر البالغ على وجهين : الأول : أن يستأذنها بعده ، والسكوت فيها رضا في الوجهين إذا كان الزوج هو الولي الأقرب قبل العقد .

والثاني : أن يستأذنها أو وكيله أو رسوله بخلاف الولي الأبعد والأجنبي م: (**ويعتبر في الاستئمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة**) ش : أي تقع بالزوج المعرفة حتى لو قال : زوجتك بعض جيراني أو بعض بنيَ عمي لم يكن سكوتها رضا ، لأن الرضا بالمجهول لا يتصور . وقيل : لو عد عليها جماعة فسكتت زوجها من أحدهم، وكذا لو ذكر ابن فلان وهم يحصون ، قالوا : والشرط أن يكون الزوج كفؤًا والمهر وافرًا حتى لو لم يكن كفؤًا ولم يكن المهر وافرًا وعلم أحدهما لم يكن سكوتها رضا إلا في حق الأب والجد عند أبي حنيفة ، لأن الأب والجد عنده في هذا العقد . وعندهما الولي مطلقًا ، لأن الأب والجد بمنزلة الأجانب في هذا العقد ، كذا في «جامع قاضي خان »و«المحيط »و«المبسوط» .

وقال الشافعي : يشترط النطق في غير الكفء في قوله : وفي غير مهر المثل واستئمار وكيل الأب كالأب ، وفي «القنية» : لو قال الأب : يذكرك فلان بمهر كذا فوثبت مرتين وهي في نكاحها فزوجها جاز .

ولو قال لها رضا أريد أن أزوجك من رجل فسكتت لا يكون رضا، هكذا روي عن محمد لعدم العلم ، وفي «الحاوي» : سئل أبو نصير عن رجل قال لبنته : زوجتك من رجل فسكتت فهو رضا، ولا خيار لها . قال : أزوجك من رجل فسكتت لم يكن رضا، وفرق بين الماضي والمستقبل . وعن أبي القاسم الصفار لها الخيار في الفصلين ، وقال صاحب «الحاوي» وبه نأخذ .

وفي «جوامع الفقه » : لو قالت : كنت قلت لك : لا أريده فهو رد، وكذا لا أرضى أو لا أجيز أو أنا كارهة ، ولو قالت : لا يعجبني، أو لا أريد الأزواج، فليس برد حتى لو رضيت بعد ذلك صح ولو قالت : لا أريد فلانًا فهو رد، ولو قالت: لا أرضى ثم قالت : رضيت موصولاً جاز، وإن فصلت بطل، ولو قالت : ذلك إليك هو رضا .

م: (**لتظهر رغبتها فيه**) ش : أي ليظهر رغبة المرأة في الزوج المسمى م: (**من رغبتها عنه**) **ش** : أي عن الزوج المسمى ، ولفظ رغب إذا استعمل بكلمة عن يدل على عدم الرغبة .

ولا يشترط تسمية المهر هو الصحيح ، لأن النكاح صحيح بدونه ، ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا ، لأن وجه الدلالة في السكوت لا يختلف ثم المخبر إن كان فضولياً يشترط فيه العدد أو العدالة عند أبي حنيفة -رحمه الله- خلافاً لهما ، ولو كان رسولاً لا يشترط اجماعاً ، وله نظائر . ولو استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقبول

م : (**ولا يشترط تسمية المهر**) ش : يعني عند تسمية الزوج في الاستئمار م : (**هو الصحيح**) ش: أي ترك تسمية المهر هو الصحيح ، واحترز به عن قول بعض المتأخرين حيث قالوا : لا بد من تسمية المهر في الاستئمار ، لأن رغبتها تختلف باختلاف المهر في القلة والكثرة ، والصحيح أنه لا يشترط ، كذا في «المبسوط» .

وفي «جامع قاضي خان» : لأن الظاهر مختلف باختلاف الزوج ؛ لأن الأب لا يقف على مرادها في حق الزوج ، فأما في حق الصداق يعلم مرادها في ذلك ، وهو صداق مثلها م : (**لأن النكاح صحيح بدونه**) ش : أي بدون ذكر المهر ، ولا يصح بدون ذكر الزوج ، وفي «الكافي» : إذا كان المزوج أبًا أو جدًا لا يشترط ، لأنه لا ينقض من المهر إلا بعرض يفوق المهر ، والمصنف أطلق الصحة من غير تفصيل .

م : (**ولو زوجها**) ش : أي زوج المولى المرأة م : (**فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا**) ش : أي من فصول الرضا بالضحك ، والسكوت دون البكاء م : (**لأن وجه الدلالة في السكوت لا يختلف**) ش : أي من حال الاستئمار وحال بلوغ الخبر ، لأن المعنى الذي صار السكوت لأجله رضًا قبل العقد وجعله بعده ، وهو العجز عن النطق بسبب الحياء .

م : (**ثم إن المخبر إن كان فضوليًا يشترط فيه العدد أو العدالة عند أبي حنيفة خلافًا لهما**) ش : أي لأبي يوسف ومحمد ، فإن عندهما الإخبار كاف لا يشترط العدد ولا العدالة م : (**ولو كان رسولاً**) ش : أي ولو كان المخبر رسولاً م : (**لا يشترط**) ش : أي العدد والعدالة م : (**إجماعًا**) ش : لأنه قام مقام الولي م : (**وله نظائر**) ش : أي لهذا الخلاف الذي وقع بين أبي حنيفة وصاحبيه ، وفي إخبار الفضولي نظائر من المسائل وهي عزل الوكيل وحجر المأذون ووقوع العلم بفسخ الشركة وسكوت الشفيع عن الطلب ، وإعتاق العبد الجاني وبيعه بعد الإخبار ، ففي الكل يشترط العدد والعدالة عن أبي حنيفة خلافًا لهما ، ذكر الخلاف في وجوب الشرائع على المسلم والذي لم يهاجر ذكره في «الكافي» .

م : (**ولو استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقبول**) ش : أي بإجماع بين الأربعة إذا كانت بالغة ، وفي الثيب الصغيرة لا يحتاج إلى رضاها ، بل ينكحها الولي جبرًا عندنا ، وعند الشافعي - رحمه الله تعالى - لا اعتبار برضاها فلا تزوج حتى تبلغ ، ويروى هذا عن مالك ، وعند أحمد : لا يجوز إجبار الصغيرة والكبيرة ، وهذه رواية عن مالك إلا أن أحمد قال : إذا بلغت تسع سنين

لقوله عليه السلام :«الثيب تشاور »، ولأن النطق لا يعد عيباً منها وقل الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها . وإذا زالت بكارتها بوثبة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس فهي في حكم الأبكار لأنها بكر حقيقة ، لأن مصيبها أول مصيب لها ومنه الباكورة ،

صح إذنها في النكاح وغيره .

م : (**لقوله عليه السلام**) ش : أي لقول النبي ﷺ : م : (**الثيب تشاور**) ش : هذا غريب بهذا اللفظ ، وروى مسلم من حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - مرفوعًا : « **والثيب أحق بنفسها من وليها**» .

وروى أبو داود والنسائي من حديث نافع بن جبير عن ابن عباس - رضي الله تعالى عنهما - مرفوعًا : « **والثيب أحق بنفسها من وليها**[1] .

وروى أبو داود والنسائي من حديث نافع بن جبير عن ابن عباس - رضي الله تعالى عنهما - قال : قال رسول الله ﷺ : « **ليس للولي مع الثيب أمر**[2] .

م : (**ولأن النطق لا يعد عيبًا منها وقل الحياء بالممارسة**) ش : فلا يكتفى بسكوتها عند الاستئمار م : (**فلا مانع من النطق في حقها**) ش : أي حق الثيب بخلاف البكر .

م : (**وإذا زالت بكارتها بوثبة**) ش : وهي الوثوب من فوق م : (**أو حيضة**) **ش** : أو سبب ورود الحيض م : (**أو جراحة**) ش : أصابت موضع العذرة م : (**أو تعنيس**) ش : أي أو بسبب تعنيس من عنست عنوسًا إذا جاوزت وقت التزويج فلم تتزوج ، وقيل : عنست الجارية إذا طال مكثها في منزل أهلها بعد إدراكها حتى خرجت عن عداد الأبكار .

وقال أبو زيد : كذلك عنست الجارية تعنيسًا . وقال الأصمعي : لا يقال عنست يعني بالتشديد ، ولكن عنست على صيغة المجهول ، وعنسها أهلها ، وكذلك بشدة حيض وتحمل ثقيل وبأصبع أو عود م : (**فهي في حكم الأبكار**) ش : في كون إذنها سكوتها .

م : (**لأنها بكر حقيقة ، لأن مصيبها أول مصيب لها**) ش : وبه قال الشافعي في الأصح ، ومالك ، وأحمد وابن أبي هريرة ، وهو قوله المحمود ، وقال ابن جني من أصحاب الشافعي : هي كالثيب لزوال عذرتها .

م : (**ومنه الباكورة**) ش : أي ومن اشتقاق البكر الباكورة ، وهي التي تدرك من الثمار أولاً ، وقال الأكمل : البكر من يكون مصيبها أول مصيب ، فهذه أي التي زالت بكارتها بوثبة ونحوها تشتق من الباكورة .

---

(١) صحيح : تقدم تخريجه .

(٢) صحيح : تقدم تخريجه .

ولأنها تستحي لعدم الممارسة ، ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند أبي حنيفة -رحمه الله- . وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي -رحمه الله- لا يكتفى بسكوتها لأنها ثيب حقيقةوحكمًا ، لأن مصيبها عائد إليها . ومنه المثوبة والمثابة والتثويب . ولأبي حنيفة -رحمه الله- أن الناس عرفوها بكراً فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحها

قلت: الأمر بالعكس ، يدل عليه قول المصنف (ومنه الباكورة) وقوله أيضًا م : (**والبكرة**) ش : بضم الباء وهي أول النهار ، أي ومنه البكرة ، أي من اشتقاق البكر وتحقيق الكلام هاهنا أن هذه المادة وهي : الباء والكاف والراء يأتي منها ألفاظ على معان مختلفة غير خالية عن المعنى الأصلي وهي الأولية وهي البكر بالكسر ، العذر ، أو المرأة التي ولدت بطنًا واحدًا ، وبكرها بالكسر ولدها ، وكذلك البكر بالكسر من الإبل وبالفتح الصبي منها ، وبكرة البئر ما يسقى عليها بالفتح أيضًا ، وبكر بالفتح أيضًا أبو قبيلة وهو بكر بن وائل بن قاسط .

م : (**ولأنها تستحي لعدم الممارسة ، ولو زالت بكارتها بزنا**) ش : أي التي زالت بكارتها بزنا م:(**فهي كذلك**) ش : أي هي في حكم التي زالت بكارتها بوثبة ونحوها ، أي لعدم ممارستها بالرجال الأبكار م : (**عند أبي حنيفة - رحمه الله-**) ش : وبه قال مالك وأحمد في رواية ، وحكى أبو إسحاق أن الشافعي قال به في القديم .

م : (**وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي - رحمهم الله -: لا يكتفى بسكوتها**) ش : يعني عند الاستئذان ، وبه قال أحمد في رواية ، وهو قول الشافعي في الجديد م : (**لأنها**) ش : أي لأن التي زالت بكارتها بزنا م : (**ثيب حقيقة وحكمًا**) ش : إما حقيقة فلأن مصيبها ليس بأول مصيب ، وهو معنى قوله م:(**لأن مصيبها عائد إليها**) ش : وإما حكمًا فإنها تدخل في الوصية في الثيب دون الأبكار م : (**ومنه المثوبة**) ش : أي ومن اشتقاق الثيب المثوبة وهو الثواب ، وإنما سمي بها لأنها رجع إليها في العاقبة ، لأن الثواب جزاء عمله يرجع إليها .

م : (**والمثابة**) ش : أي ومنه المثابة وهو الموضع الذي يثاب إليه ، أي يرجع إليه كرة بعد أخرى ، ومنه قوله تعالى : ﴿ **وإذ جعلنا البيت مثابة للناس وأمنًا** ﴾ (البقرة : الآية ١٢٥) ، قال الزمخشري : معادًا ومرجعًا للحاج ، والعمار ينصرفون عنه ، ثم يثوبون إليه أي يرجعون م:(**والتثويب**) ش : أي ومنه التثويب ، وهو الدعاء مرة بعد أخرى ، وهو العود بعد الإعلام .

م : (**ولأبي حنيفة- رحمه الله - أن الناس عرفوها بكرًا فيعيبونها من النطق**) ش : وفي بعض النسخ فيعيبونها من التعيب بالنطق ، فتستحي م : (**فتمتنع عنه**) ش : أي عن النطق م : (**فيكتفى بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحها**) ش : وإن أكرهت على الزنا فلا رواية فيه ، ذكر في« الفتاوي» و«المرغيناني» . وفي« الحواشي» : لا ينعدم به حياؤها .

فإن قيل : حياء البكر حياء كرم الطبيعة وهو محمود ، وهذا الحياء من ظهور الفاحشة فلم يكن

بخلاف ما إذا وطئت بشبهة أو نكاح فاسد ، لأن الشرع أظهره حيث علق به أحكامها . أما الزنا فقد ندب إلى ستره حتى لو اشتهر حالها لا يكتفي بسكوتها ، وإذا قال الزوج بلغك النكاح فسكتت وقالت رددت فالقول قولها . وقال زفر -رحمه الله- القول قوله ، لأن السكوت أصل والرد عارض فصار كالمشروط له الخيار إذا ادعى الرد بعد مضي المدة ،

في معنى المنصوص .

قلنا : هذا الحياء أيضًا محمود ، لأنها تستر على نفسها ليستر الله تعالى عليها ، والحياء من ظهور المعصية من كرم الطبيعة وحسن العقيدة أيضًا ، ولما سقط نطقها في موضع يكون نطقها دليلاً على رغبتها في الرجال على فحش الوجود أولى ، كذا في «المبسوط» .

وقيل : لا يمكن إدارة الحكم على حقيقة الحياء لتعذر ضده وتعذر ما هو المعتبر منه ، فأدير على مظنته وهو البكارة ، وتعذر أن يراد حقيقتها [. . . .] بعض الولي عنها شرعًا وعقلاً ، فاكتفي بالبكارة الظاهرة ، وأصل الخلقة والأصل بقاؤها فيكتفى بالسكوت إلى أن يظهر ويشيع .

م : (**بخلاف ما إذا وطئت بشبهة أو نكاح فاسد**) ش : حيث تصير ثيبًا بالإجماع م : (**لأن الشرع أظهره حيث علق به**) ش : أي بذلك الوطء م : (**أحكامها**) ش : وهي وجوب العدة والمهر وثبوت النسب م : (**أما الزنا فقد ندب**) ش : أي الشرع م : (**إلى ستره**) ش : حيث قال ﷺ : « **من أصاب من هذه القاذورات فليستر ليستره الله تعالى** » م : (**حتى لو اشتهر حالها**) ش : بأن أقيم عليها الحد إذ صار الزنا عادة م : (**لا يكتفى بسكوتها**) .

فإن قيل : ينبغي أن يكتفى بسكوتها ها هنا أيضًا ، لأنها بكر شرعًا . قال ﷺ : « **البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ...** »[1] الحديث .

قلنا : هو قول بعض المشايخ وهو ضعيف ، فإن هذا موجود في الموطوءة بشبهة أو نكاح فاسد ، ولا يكتفى بسكوتها بالإجماع فعلم أن المعتبر بقاء صفة الحياء .

م : (**وإذا قال الزوج : بلغك النكاح فسكتت وقالت: رددت فالقول قولها**) ش : أي قول المرأة م :(**وقال زفر القول قوله**) ش : أي قول الزوج م : (**لأن السكوت أصل والرد عارض**) ش : لأن السكوت عدم الكلام والعدم هو الأصل في كل شيء ، والمرأة تدعي عارضًا ، والقول قول التمسك بالأصل م : (**فصار**) ش : أي الحكم في هذام : (**كالمشروط له الخيار إذا ادعى الرد بعد مضي المدة**) ش : فإنه لا يعتبر قوله ، بل القول قول من يدعي لزوم العقد بالسكوت بالإجماع ، وكذا المشتري والشفيع ، فالشفيع يقول : طلبتها بعد البيع ، والمشتري يقول : سكت ، فالقول قول للمشتري لتمسكه بالأصل .

---

(١) صحيح : رواه مسلم « باب حد الزنا » عن عبادة بن الصامت .

ونحن نقول : إنه يدعي لزوم العقد وتملك البضع ، والمرأة تدفعه فكانت منكرة كالمودع إذا ادعى رد الوديعة ، بخلاف مسألة الخيار . لأن اللزوم قد ظهر بمضي المدة ، وإن أقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لأنه قرر دعواه بالحجة ، وإن لم يقم له بينة فلا يمين عليها عند أبي حنيفة-رحمه الله- وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة ، وستأتيك في الدعوى إن شاء الله تعالى .

م : (**ونحن نقول أنه**) ش : أي الزوج م : (**يدعي لزوم العقد وتملك البضع والمرأة تدفعه فكانت منكرة**) ش : وكانت متمسكة بالأصل معنى ، فالقول لها كما لو ادعى أصل العقد وأنكرت ، وهذا لأن العبرة للمعاني لا للصور م : (**كالمودع**) ش : بفتح الدال م : (**إذا ادعى رد الوديعة**) ش : أي إلى مالكها فالقول قول المودع لأنه ينكر الضمان من حيث المعنى ، والحاصل من هذا إنما تعتبر الإنكار المعنوي ، وزفر يعتبر الإنكار الصوري م : (**بخلاف مسألة الخيار**) ش : جواب عن قول زفر ، وقياسه ووجه ما قاله من قوله م : (**لأن اللزوم قد ظهر بمضي المدة**) ش : أي لزوم البيع قد ظهر بمضي مدة الخيار ، ولو قالت : بلغني الخبر يوم كذا وقت كذا فرددت ، وقال الزوج : بل سكتت فالقول قول الزوج . وفي المرغيناني : لو قالت : أدركت أمس وعلمت بالخيار وفسخت لم تصدق إلا بحجة وبطل خيارها ، وإن قالت : علمت الآن وفسخت صح ، قيل لمحمد : كيف يصح وهو كذب ، قال : لا يصح إلا على هذا الوجه ، فإنها لا تصدق في الإسناد ، ولو قالت: نسخت حين علمت لا تصدق إلا بالبينة .

وفي عمدة الفتاوي : بكر زوجها وليها فقالت بعد سنة : كنت قلت حين بلغني لا أرضى فالقول قولها ، وإن كانت صغيرة فقالت : اخترت نفسي حين أدركت أو حين علمت لا تسمع لأنها تريد إبطال العقد الثابت عليها بخلاف الأول .

م : (**فإن أقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لأنه**) ش : أي لأن الزوج م : (**قرر دعواه بالحجة**) .

ش : فإن قلت: ينبغي أن لا يقبل لأنه شهادة على النفي .

قلت: السكوت أمر وجودي لأنه عبارة عن ضم شفة إلى شفة وعدم التكلم من لوازمه ، فتكون البينة على أمر وجودي .

م : (**وإن لم يقم بينة فلا يمين عليها عند أبي حنيفة - رضي الله تعالى عنه-**) ش : وعندهما والشافعي ومالك وأحمد تستحلف م : (**وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة**) ش : وهي النكاح والرجعة والفيء في الإيلاء والاستيلاد والرق والولاء م : (**وستأتيك**) أي بيان هذه الأشياء الستة م :(**في الدعوى**) أي في كتاب الدعوى م : (**إن شاء الله تعالى**) .

ويجوز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوجها الولي بكراً كانت الصغيرة أو ثيباً والولي هو العصبة ومالك -رحمه الله- يخالفنا في غير الأب ، والشافعي في غير الأب والجد وفي الثيب الصغيرة أيضاً .

م : (**ويجوز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوجها الولي بكرًا كانت الصغيرة أو ثيبًا) ش** : وقال ابن شبرمة ، وأبو بكر الأصم : لا يزوجهما أحد حتى يبلغا ، لقوله تعالى : ﴿ **حتى إذا بلغوا النكاح** ﴾ (النساء : الآية ٦) .

فلو جاز تزويجهما قبل البلوغ لم يكن لهذا معنى ، ولا حاجة لهما إلى النكاح ؛ لأن مقصود النكاح طبعًا قضاء الشهوة ، ولا شهوة لهما ، وشرعًا النسل ، ولا تناسل لهما إلى النكاح ، لأنه مقصود النكاح ، وهذا العقد يعقد للعمر ، ويلزمها أحكامه بعد البلوغ ، ولا ولاية لأحد بعد البلوغ حتى يلزمها أحكامه .

وللعامة قوله تعالى : ﴿ **واللائي لم يحضن** ﴾ (الطلاق : الآية ٤) ، بين الله تعالى عدة الصغيرة ، وسبب العدة شرعًا النكاح ، فذلك يقرر نكاح الصغيرة والمراد بقوله تعالى : ﴿ **حتى إذا بلغوا النكاح** ﴾ الاحتلام ، وحديث عائشة - رضي الله تعالى عنها- مشهور وقريب إلى التواتر ؛ فإنه ﷺ تزوجها وهي بنت ست سنين ، وبنى بها وهي بنت تسع سنين ، وكانت عنده تسع سنين .

م : (**والولي هو العصبة**) **ش** : على ترتيب العصبات في الإرث ، كما سيأتي عن قريب ، فأقرب الأولياء الابن ، ثم ابنه وإن سفل ، ثم الأب ، ثم الجد وإن علا ، ثم الجد عند أبي حنيفة أولى من الأخ ، سواء كان لأب أو لأب وأم .

وعندهما لكل واحد من الجد والأخ الولاية كما في الميراث وفي «المبسوط» : النكاح للجد عند الكل وهو ظاهر الرواية .

م : (**ومالك يخالفنا**) ش: جملة من المبتدأ والخبر م : (**في غير الأب**) ش: يعني الولي عنده الأب ليس الأحق غيره ، فلو زوجها الجد عند عدم الأب لا يجوز .

م : (**والشافعي - رضي الله عنه - في غير الأب والجد**) **ش** : يعني عند وليهما الأب والجد لا غير ، إذا كانت الصغيرة بكرًا أو ثيبًا ، فلا ولاية عليها ، حتى لو زوجها الأخ أو العم وزوج البنت الصغيرة الأب والجد كرهًا لا ينعقد النكاح .

م : (**وفي الثيب الصغيرة أيضًا**) ش : أي الشافعي خالفنا أيضًا في تزويج الثيب الصغيرة ، فإن عنده لا ولاية للأب والجد في تزويجها كرهًا ، وبه قال أحمد وداود ، وفي «المحلى» : لا يجوز للأب ، ولا لغيره تزويج الذكر الصغير قبل بلوغه عند طاووس ، وقتادة ، والثوري ، وداود

وجه قول مالك أن الولاية على الحرة باعتبـار الحاجة ولا حاجة لانعدام الشهوة إلا أن ولاية الأب ثبتت نصاً بخـلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به . قلنا لا بل هو مـوافق للقياس لأن النكاح يتضـمن المصالح ولا تتوفر إلا بين المتكافـئين عادة ولا يتفق الكفوء في كل زمـان فأثبتنا الولاية في حـالة الصغير إحـرازاً للكفـء . وجـه قول الشـافعي -رحمـه الله- أن النظر لا يتم بالتفويض إلى غير الأب والجـد لقصور شفقته وبعد قرابتـه ، ولهذا لا يملك التصرف في المال مع أنه أدنى رتبة ، فلأن لا يملك التصرف في النفس وأنه أعلى رتبة أولى .

الظاهري . وقال ابن شبرمة وعثمان البتي : لا يجوز لأحد تزويج الصغير والصغيرة حتى يبلغا ، وأجاز تزويج الصغير والصغيرة لغير الأب والجد من العصبات الحسن البصري ، وعمر بن عبد العزيز ، وطاووس -في رواية- وعطاء ،والأوزاعي ، ولهما الخيار عندهم إذا بلغا ، ذكر ذلك ابن أبي شيبة في «مصنفه» وأبو بكر بن المنذر في «الأشراف» .

م : (**وجه قول مالك: أن الولاية على الحرة باعتبار الحاجة**) ش : مع قيام المنافي م : (**ولا حاجة**) ش : للصغير والصغيرة م : (**لانعدام الشهوة ،إلا أن ولاية الأب ثبتـت نصًا بخلاف القياس**) ش : فإن أبا بكر -رضي الله تعالى عنه - زوج عائشة - رضي الله تعالى عنها - من النبي ﷺ وهي بنت ست سنين (١) .

وصح عن النبي ﷺ ذلك فلا يقاس عليه غيره م : (**والجد ليس في معناه**) ش : لقصور شفقته م : (**فـلا يلحق به**) ش : دلالة ، لأن الولد جزء الأب ، وكـانت الولاية لـلأب عليه كـالولاية على نفسه ، والجزئية قد ضعفت بالجد والشفقة قد نقصت ، فلا يكون في معناه .

م : (**قلنا : لا بل هو مـوافق للقيـاس، لأن النكاح يتـضمن المصـالح**) ش : من التناسل والسكن والازدواج وقضاء الشهوة م : (**ولا تتوفر المصالح إلا بين المتكافئين عادة**) ش : أي بين الاثنين اللذين كل منهما كفء للآخر .

م : (**ولا يتـفق الكفء في كل زمان**) ش : لقلة الكفء وغير وجوده م : (**فأثبـتنا الولاية في حالة الصغير**) ش : للولي م : (**إحـرازًا للكفء**) ش : أي لأجل الإحراز والحـفظ ؛ لأنه لو انتظر بلوغـها يفـوت ذلك الكفء ، وكل من يتـأتى منه الإحـراز أبًا كـان أو غيـره فله الولاية في حـالة الصغر .

م : (**وجه قـول الشافـعي أن النظر**) ش : في حال الصغر م : (**لا يتم بالتـفويض إلى غـير الأب والجد لقـصور شـفقـته ،وبعد قـرابته ،ولهـذا لا يملك التصـرف في المال ،مع أنه أدنى رتبة، فـلأن لا يملك التصرف في النفس**) ش : لكونه وقاية للنفس فلا يكون يملك التصرف م : (**وأنه أعلى رتبـة أولى**)

---

(١) صحيح : رواه البخاري في «النكاح» باب ٥٩ ، [٥١٥٨] الفتح (٩/ ١٣١) .

ولنا أن القرابة داعية إلى النظر كما في الأب والجد وما فيه من القصور أظهرناه في سلب ولاية الإلزام بخلاف التصرف في المال لأنه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل ، فلا تفيد الولاية إلا ملزمة ، ومع القصور لا تثبت ولاية الإلزام . وجه قوله في المسألة الثانية أن الثيابة سبب لحدوث الرأي لوجود الممارسة فأدرنا الحكم عليها تيسيراً ، ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة ولا ممارسة تحدث الرأي بدون الشهوة فيدار الحكم على الصغر ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم

ش: قوله : وأنه أعلى - جملة حالية وقوله : - أولى - خبر ، لأن الذي دخلت عليه لام التوكيد .

م : (**ولنا أن القرابة داعية إلى النظر**) ش : والولاية بالنظر ، وهو موجود في كل قريب م : (**كما في الأب والجد**) ش : فإن النظر فيهما لم ينشأ إلا من القرابة ، غاية ما في الباب أنه يتفاوت كمالاً ، وقصورًا لقرب القرابة وبعدها . م : (**وما فيه من القصور**) ش : أي والذي في غير الأب والجد من قصور النظر م : (**أظهرناه في سلب ولاية الإلزام**) ش : يعني لم يكن ولاية الأخ ، والعم ملزمة ، بل كانت متوقفة إلى البلوغ . حتى جعلنا لهما خيار البلوغ ، فإذا بلغا ووجد الأمر على ما ينبغي مضيا على النكاح ، وإن وجد أنه أوقعا خللاً لقصور الشفقة والنظر فسخا النكاح .

م : (**بخلاف التصرف في المال لأنه**) ش : أي التصرف في المال م : (**يتكرر**) ش : بيد أولي الأيدي ، بأن يبيع الولي ، ثم يبيع المشتري من آخر ، بخلاف النكاح ؛ لأنه بعد عمر م : (**فلا يمكن تدارك الخلل**) ش : لأنه لا يمكن توقيف ذلك كله إلى وقت البلوغ .

م : (**فلا تفيد الولاية إلا ملزمة**) ش : يعني في المال م : (**ومع القصور لا تثبت ولاية الإلزام**) ش: بخلاف المتناكحين ، فإنهما ثابتان من غير تكرار غالبًا ، فكان التدارك بالتوفيق ، هكذا بخلاف .

م : (**وجه قوله**) ش : أي قول الشافعي : م : (**في المسألة الثانية:**) ش : وهو قوله في الثيب الصغيرة أيضًا م : (**أن الثيابة سبب لحدوث الرأي**) ش : أن الرأي أمر باطن ، والثيابة سبب لحدوثه م: (**لوجود الممارسة**) ش : فقام مقامه م : (**فأدرنا الحكم عليها**) ش : أي على الثيابة م : (**تيسيرًا**) ش: أي لأجل التيسير .

م : (**ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة**) ش : يعني أن مقتضى الولاية النظرية هو الحاجة م:(**ووفور الشفقة**) ش : وهي موجودة في الأب والجد م : (**ولا ممارسة**) ش : للصغير م : (**تحدث الرأي**) ش: بضم التاء من الإحداث . م : (**بدون الشهوة**) ش : يعني الممارسة التي تحدث الرأي لا تحل بدون الشهوة ، لأن الرأي بلذة الجماع إنما يحدث عن مباشرة بشهوة ، ولا شهوة للصغيرة م : (**فيدار الحكم على الصغر**) ش: لأنه سبب للعجز عن التصرف ، فكلما ثبت الصغر تثبت الولاية .

م : (**ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم**) ش : يعني من إطلاق الولي في قوله : ويجوز نكاح

الصغير والصغيرة إذا زوجهما الولي م : (قوله عليه السلام) ش : أي قول النبي ﷺ : م : (**النكاح إلى العصبات**) ش : ذكر هذا الحديث شمس الأئمة السرخسي، وسبط بن الجوزي ، ولم يخرجه أحد من الجماعة ، ولا يثبت ، مع أن الأئمة الأربعة اتفقوا على العمل به في حق البالغة .

وقال السروجي : روي عن علي - رضي الله تعالى عنه - موقوفًا ومرفوعًا : «الإنكاح إلى العصبات » ، ويروى : النكاح إلى العصبات م : (**من غير فصل**) ش : يعني بين عصبة وعصبة ، فيعمل بإطلاقه .

وقال أبو الفرج في « التحقيق» عن أحمد : يجوز تزويج الصغير والصغيرة لجميع العصبات ، وإن كانا سمين ، ويثبت لهما الخيار إذا بلغا في رواية عنه ، ومذهبنا في غير الأب والجد قول عمر بن الخطاب ، وعلي بن أبي طالب ، وعبد الله بن مسعود ، والعبادلة ، وأبي هريرة - رضي الله تعالى عنهم - وزَوَّج رسول الله ﷺ أمامة بنت حمزة بن أبي سلمة وكانت صغيرة ، والنبي ﷺ ابن عمها وقال : «لها الخيار إذا بلغت » ، وإنما زوجها بالعصوبة لا بالنبوة بوجهين :

أحدهما : أنه ﷺ لم يزوج صغيرة ولا كبيرة ممن كان لها ولي ، ولو كان تزويجها بالنبوة لم يتقدم عليه ولي .

والوجه الثاني : أنه أثبت لها الخيار ، كما لو زوجها غير الأب والجد ، والولي والنبوة أعظم من ذلك ؛ ولا قصور فيها ، والعباس -رضي الله تعالى عنه- وإن كان عمها يحتمل أنه كان غائبًا ، أو متأدبًا مع رسول الله ﷺ ، وجعل الأمر إليه ، ذكره سبط بن الجوزي وغيره .

م : (**والترتيب في العصبات في ولاية النكاح كالترتيب في الإرث**) ش : ، فأقرب الأولياء الابن ، ثم ابنه وإن سفل، ثم الأب، ثم الجد وإن علا . وفي «الذخيرة» و«الأسبيجابي» : الولاية للأب، ثم الجد أب الأب وإن علا ، [ثم] لأخ لأب وأم ، ثم لأب، ثم لأولادهما على الترتيب، ثم لمولى العتاقة، يستوي فيه الذكر والأنثى، ثم ذوي الأرحام الأقرب فالأقرب، ثم مولى الموالاة في قول أبي حنيفة ، كما ذكر في الميراث ، وعند محمد : ليس لذوي الأرحام إنكاح ، ثم القاضي ومن نصبه القاضي .

وعند زفر : الأخ لأب وأم ، والأخ لأب سواء ، ثم مولى العتاقة بعد العصبات النسبية ، ثم عصبته ، ثم ذوو الأرحام الأقرب فالأقرب عند أبي حنيفة استحسانًا ، وأبي يوسف في أكثر الروايات ، وذكر الكرخي مع محمد ، والأول أصح ، ثم مولى الموالاة ، ثم السلطان ، ثم القاضي ومن نصبه القاضي .

والأبعد محجوب بالأقرب . قال : فإن زوجهما الأب أو الجد . يعني الصغير والصغيرة . فلا خيار لهما بعد بلوغهما لأنهما كاملا الرأي وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما إذا باشراه برضاهما بعد البلوغ وإن زوجهما غير الأب والجد فلكل واحد منهما الخيار إذا بلغ إن شاء أقام على النكاح ، وإن شاء فسخ ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- . وقال أبو يوسف -رحمه الله- لا خيار لهما اعتباراً بالأب والجد ، ولهما أن قرابة الأخ ناقصة ،

وفي «قاضي خان» : الابن مقدم على الأب عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، ثم ابنه وإن سفل ثم الأب ثم الجد ، وذكر الكرخي : أن الأخ مع الجد ويشتركان عند أبي يوسف ومحمد كالميراث عندهما .

والأصح أن النكاح للجد عند الكل ، وفي «المبسوط» : وهو ظاهر الرواية وهو الأصح ، وقال شمس الأئمة الحلواني في «شرحه» : الأصح عندي أن الجد أولى بالنكاح عند الكل ، وشفقة الجد كشفقة الأب ، ولهذا يثبت خيار البلوغ في الجد كالأب بخلاف الأخ ، وفي «المحيط» و«المختلف» : هما سواء .

م : (**والأبعد محجوب بالأقرب**) ش : منهم وهو ظاهر فيما تقدم م : (**قال: فإن زوجهما الأب أو الجد- يعني الصغير والصغيرة- فلا خيار لهما بعد بلوغهما**) ش : به قال الشافعي ، ومالك في الأب ، في حق الصغيرة وأحمد في رواية ، وغير الأب والجد من الأولياء لا يملكون تزويجهما عندهم م : (**لأنهما**) ش : لأن الأب والجد م : (**كاملا الرأي وافرا الشفقة**) ش : وأصلهما كاملان الرأي وافران الشفقة فسقطت النون منهما للإضافة م : (**فيلزم العقد بمباشرتهما كما إذا باشراه**) ش : أي العقد م : (**برضاهما بعد البلوغ**) ش : أي بعد بلوغهما .

م : (**وإن زوجهما**) ش : أي الصغير والصغيرة م : (**غير الأب والجد فلكل واحد منهما الخيار إذا بلغ ، إن شاء أقام على النكاح ، وإن شاء فسخ**) ش : أي النكاح .

م : (**وهذا**) ش : أي كون كل واحد منهما مخيراً بعد البلوغ م : (**عند أبي حنيفة ومحمد**) ش: وهو قول أبي يوسف أولاً ، وهو قول ابن عمر وأبي هريرة -رضي الله عنهم - .

م : (**وقال أبو يوسف - رحمه الله - : لا خيار لهما اعتباراً بالأب والجد**) ش : وهو قول عروة ابن الزبير ، وإنما اعتبره أبو يوسف بالأب والجد ؛ لأنه عقد بولاية مستحقة بالقرابة ، فلا يثبت فيه الخيار ، وإذ القرابة سبب كامل لاستحقاق الولاية ، والولاية لم تشرع في غير موضع النظر صيانة عن الإفضاء إلى الضرر ، وإذا صح النظر قام عقد الولي مقام عقد نفسها لو كانت بالغة ، كما أن الوصي يقوم مقام الأب ، فيكون عقده كعقد الأب .

م : (**ولهما**) ش : أي لأبي حنيفة ومحمد م : (**أن قرابة الأخ ناقصة**) ش : يعني أن التزويج

والنقصان يشعر بقصور الشفقة ،فيتطرق الخلل إلى المقاصد عسى ، والتدارك ممكن بخيار الأدراك وإطلاق الجواب في غير الأب والجد يتناول الأم والقاضي وهو الصحيح من الرواية لقصور الرأي في أحدهما ونقصان الشفقة في الآخر

صدر من قاصر الشفقة، فلهما الخيار لتدارك الخلل في المقاصد ، إذا ملكت أمرها ، كذا قاله الكاكي .

ولكن التركيب لا يساعد هذا التقرير ؛ لأنه ليس معنى قوله : -قرابة الأخ ناقصة- فإنه نسب النقصان إلى القرابة لا إلى الشفقة ، ألا ترى كيف قال: م : (**والنقصان يشعر بقصور الشفقة**) ش : أي النقصان في القرابة يشعر بأن شفقة الأم قاصرة .

فحينئذ يكون معنى نقصان قرابة الأخ بالنسبة إلى قرابة الأب والابن ، فهذا التفريع هو الذي يشعر بحصول الشفقة ، فإذا كان كذلك م : (**فيتطرق الخلل إلى المقاصد**) ش : قال تاج الشريعة - رحمه الله- :

يعني أن ما وراء الكفاءة والمهر مقاصد أخر في النكاح من سوء الخلق وحسنه [و]لطافة العشيرة وغليظها وكرم الصحبة ولؤمها ،وتوسيع النفقة وتعسيرها ، قال : وإنما عين الأخ ، لأنه أقرب بعد الأب والجد من سائر الأولياء ، فلما ثبت الحكم فيه مع قربته ثبت في غيره بالطريق الأولى .

م : (**عسى والتدارك ممكن بخيار الإدراك**) ش : أي رأيهما التدارك يحصل بخيار الإدراك ، أي بخيار البلوغ ، ولم يتعرض أحد من الشراح لمعنى عسى ، والذي يليق به ها هنا بمعنى الترجي .

م : (**وإطلاق الجواب في غير الأب والجد**) ش : أي إطلاق جواب كتاب القدروي في غير الأب والجد بقوله : ولكل واحد منهما الخيار- يدل على أن الأم أو القاضي إذا زوج الصغير أو الصغيرة كان لكل واحد منهما الخيار في نكاح الأم والقاضي إذا أدركا قوله -وإطلاق الجواب- مبتدأ وخبره هو قوله : م : (**يتناول الأم والقاضي**) ش : يعني في إثبات الخيار عند البلوغ .

م : (**وهو الصحيح من الرواية**) ش : احترز عما روى خالد بن صبيح المروزي عن أبي حنيفة أنه لا يثبت الخيار لليتيمة إذا زوجتها الأم أو القاضي ؛ لأن للقاضي ولاية تامة تثبت في المال والنفس جميعًا ، فتكون ولاية القاضي كولاية الأب، وشفقة الأم فوق شفقة الأب ، فكانت كالأب وجه ظاهر الرواية وهو المختار .

وأشار إليه بقوله: م : (**لقصور الرأي في أحدهما**) ش : وهو الأم م : (**ونقصان الشفقة في الآخر**) ش : وهو القاضي ؛ لأن ولايتهما متأخرة عن ولاية الأخ والعم ، فإذا ثبت الخيار في

فيتخير .قال : ويشترط فيه البلوغ والقضاء بخلاف خيار العتق لأن الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل، ولهذا يشمل الذكر والأنثى ، فجعل إلزاماً في حق الآخر فيفتقر إلى القضاء ، وخيار العتق لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها ، ولهذا يختص بالأنثى فاعتبر دفعاً للزيادة ، والدفع لا يفتقر إلى القضاء

تزويجها ففى تزويج القاضي والأم أولى .

وهذا لأن الولاية الملازمة تبتنى على الرأي الكامل والشفقة الوافرة ، والأم وإن كانت شفقتها وافرة فولايتها قاصرة حيث لا تثبت في المال ، والقاضي وإن كانت ولايته كاملة فشفقته قاصرة ؛ لأن شفقته إنما تكون بحق الدين م : (**فيتخير**) ش : أي يتيمة يكون لها الخيار عند البلوغ .

م : (**قال : ويشترط فيه البلوغ**) ش : أي في فسخ النكاح بخيار البلوغ م : (**والقضاء**) ش : أي حكم القاضي م : (**بخلاف خيار العتق**) ش : حيث لا يشترط فيه القضاء م : (**لأن الفسخ ههنا**) ش: أي في خيار البلوغ .

م : (**لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل**) ش : لقصور شفقة الزوج م : (**ولهذا**) ش : أي ولأجل تمكن الخلل م : (**يشتمل الذكر والأنثى**) ش : لأن قصور الشفقة ، كما هو في حق الجارية ممكن ، كذلك في حق الغلام ، وإذا كان الضرر خفيًا لا يطلع عليه ؛ لأن فرض المسألة فيما إذا كان الزوج كفؤًا والمهر تامًا ، فربما ينكره الزوج فيحتاج إلى القضاء م : (**فجعل إلزامًا في حق الآخر**) ش : لكونه رضى بحكم ثابت م : (**فيفتقر إلى القضاء**) ش : أي في الحكم .

م : (**وخيار العتق لدفع ضرر جلي ،وهو زيادة الملك عليها**) ش : فإن الزوج قبل عتقها كان يملك تطليقتين ويملك بمراجعتها في قرءين ، ثم أزال ذلك بالعتق وهو أمر جلي ، ليس للاتحاد فيه بحال حتى يحتاج إلى الإلزام .

لكن لها أن ترفع ذلك عن نفسها ، وذلك مع بقاء أصل النكاح غير ممكن ؛ لأن بعد العتق يستلزمها ، ووجود الملزوم بدون اللازم محال ، فكان لها أن ترفع أصل الملك في ضمن ما لها من رفع الزيادة ، وهي كلها بالعتق .

م : (**ولهذا**) ش : أي ولكون زيادة الملك عليها م : (**يختص بالأنثى**) ش : دون الذكور ، لأن زيادة الملك يتصور في الأمة دون العبد م : (**فاعتبر**) ش : أي الضرر الجلي م : (**دفعًا للزيادة**) ش : لأن ولاية المولى لم تكن ثابتة في هذه الزيادة .

وصار كأن العقد الآن في حقها ، فكان الاختيار منها دفعًا للحكم عن الثبوت م : (**والدفع لا يفتقر إلى القضاء**) ش : لأن الدفع أمر يستعمل به الدافع ؛ إذ لكل واحد ولاية دفع الضرر عن

ثم عندهما إذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضى ، وإن لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت شرط العلم بأصل النكاح لأنها لا تتمكن من التصرف بالرد إلا به والولي ينفرد به فعذرت بالجهل ولم يشترط العلم بالخيار ، لأنها تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل ، بخلاف المعتقة لأن الأمة لا تتفرغ لمعرفتها ، فعذرت بالجهل بثبوت الخيار

نفسه ، كالرد بالعيب قبل القبض ، فإنه يصح بلا حكم .

فإن قيل : دفعها ما عليها من الزيادة يبطل ما كان ثابتًا من حق الزوج استتبع للزيادة ، وفي ذلك جعل التابع متبوعًا ، وهو عكس المعقول ونقض الأصول .

وأجيب : بأن هذا ليس يجعل التابع متبوعًا ، وإنما هو من باب إلزام الضرر المرضي .

فإن الزوج حين تزوج الأمة عالمًا لها بخيار العتق التزم الضرر ، والذي يحصل به والضرر المرضي غير ضار بخلاف الأمة ، فإنها لم ترض بما يزيد عليها من ذلك عند العتق بلزوم اختيارها في النكاح ، فلم يكن ضررها بمرضي ، فكان ضاراً وغير الضار يدفع الضار دون غيره .

م : (**ثم عندهما**) ش : أي عند أبي حنيفة ومحمد ، خصهما بالذكر ، لأن مذهب أبي يوسف لا يرد ها هنا ؛ لأنه يرى خيار البلوغ ، وإن كان المزوِّج غير الأب والجد م : (**إذا بلغت الصغيرة، وقد علمت بالنكاح ، فسكتت فهو رضا**) ش : فلا يكون لها الخيار .

م : (**وإن لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت ، شرط العلم بأصل النكاح؛ لأنها**) ش : أي الصغيرة التي بلغت م : (**لا تتمكن من التصرف بالرد إلا به**) ش : أي بالعلم بأصل النكاح م:(**والولي**) ش : أي والحال أن الولي م : (**ينفرد به**) ش : أي بالنكاح ، فإذا كان الأمر كذلك م:(**فعذرت بالجهل**) ش : على صيغة المجهول .

م : (**ولم يشترط العلم بالخيار**) ش : في حق الحرة م : (**لأنها تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع والدار**) ش : أي والحال أن الدار م : (**دار العلم فلم تعذر بالجهل**) ش : بالخيار ، م : (**بخلاف المعتقة**) ش:حيث تعذر م : (**لأن الأمة لا تتفرغ لمعرفتها**) ش : أي لمعرفة أحكام الشرع ، فإذا كان كذلك م:(**فعذرت بالجهل بثبوت الخيار**) ش : وحاصل ما ذكره المصنف هذه أمور ، يقع بها الفرق بين خيار البلوغ والعتق وهي خمسة أمور .

الأول : أن خيار البلوغ في الفرقة محتاج إلى القضاء دون خيار العتق ؛ لأن خيار البلوغ مختلف فيه ، فلا بد أن يتأكد بالقضاء كالرجوع في الهبة ، وخيار العتق ، إذا كان الزوج عبداً مجمع عليه فلا يحتاج إلى القضاء ، وقد مر هذا .

الثاني : أن خيار البلوغ يثبت للغلام والجارية ، وخيار العتق يثبت للجارية فقط ، وقد مر هذا

ثم خيار البكر يبطل بالسكوت ولايبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت أو يجيء منه ما يعلم أنه رضي ، وكذلك الجارية إذا دخل بها الزوج قبل البلوغ اعتباراً لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح ، وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد إلى آخر المجلس ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام لأنه ما ثبت بإثبات الزوج

أيضًا .

الثالث : أن الصغيرة إذا بلغت وقد علمت بالنكاح فسكتت بطل خيارها سواء كانت عالمة بأن لها الخيار أو لم تكن ، وقد مر هذا أيضًا .

وقوله: م : (**ثم خيار البكر بطل بالسكوت**) ش : تفريع على خيار البلوغ الشامل للذكر والأنثى ، بيانه أن خيار البكر يبطل بالسكوت لأنها لما كانت صغيرة وأدركت استؤمرت في النكاح، فسكتت عند ابتداء العقد كان سكوتها رضا ، فكذلك إذا كان لها الخيار فأدركت ، وسكتت كان سكوتها رضا ، فيبطل خيارها م : (**ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل: رضيت**) ش : صريحًا م : (**أو يجيء منه**) ش : أو دلالته ، وقد مضى ،أو يجيء منه بالجزم عطفًا على قوله : -ما لم يقل - قوله : - منه - أي من الغلام م : (**ما يعلم منه أنه رضى**) ش : مثل إرسال المهر إليها فتقبله ونحو ذلك .

م : (**وكذلك الجارية**) ش : أي وكذا لا يبطل خيار الجارية الثيب م : (**إذا دخل بها الزوج قبل البلوغ**) ش : أي قبل أن تبلغ م : (**اعتباراً لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح**) ش : هذا متعلق بمجموع ما ذكر ، وهو خيار البكر، وخيار الغلام وخيار الجارية التي دخل بها قبل البلوغ ، وقد مر أن الصغيرة البكر إذا أدركت واستؤمرت للنكاح فسكتت عند ابتداء العقد كان سكوتها رضا عنه ، فكذلك إذا كان لها الخيار فأدركت وسكتت كان سكوتها رضا ، فيبطل خيارها اعتباراً ، بهذه الحالة بحالة الأولى ، وهي حالة ابتداء النكاح . وأما الغلام والجارية والثيب إذا استؤمرا عند ابتداء النكاح لم يكن سكوتهما رضا ، بل لا بد من الرضاء ، أو دلالته ، فكذلك عند خيار البلوغ لم يكن السكوت منهما رضا بحال ، لا بد من ذلك اعتباراً بهذه الحالة بالحالة الأولى .

م : (**وخيار البلوغ في حق البكر**) ش : تفريع آخر ، وهو بيان الأمر الرابع في الفرق بين خيار البلوغ والعتق ، وبيانه أن خيار البلوغ في حق البكر م : (**لا يمتد إلى آخر المجلس**) ش : يعني مجلس صيرورتها بالغة بأن رأت الدم في المجلس ، وقد كان بلغها خبر النكاح فسكتت، أو مجلس بلوغ الخبر بالنكاح فسكتت، يبطل خيارها بمجرد السكوت في الوجهين جميعًا م : (**ولا يبطل**) ش : أي الخيار م : (**بالقيام في حق الثيب والغلام**) ش : بل يمتد إلى آخر المجلس ؛ لأنه ما ثبت دليل البطلان في حق الثيب خاصة .

م : (**لأنه**) ش : أي لأن خيار بلوغها م : م : (**ما ثبت بإثبات الزوج**) ش : وما لم يثبت بإثبات

بل لتوهم الخلل فإنما يبطل بالرضا غير أن سكوت البكر رضى بخلاف خيار العتق لأنه ثبت باثبات المولى وهو الأعتاق فيعتبر فيه المجلس كما في خيار المخيرة ، ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق ، لأنها تصح من الأنثى ، ولا طلاق إليها ، وكذا بخيار العتق لما بينا ، بخلاف المخيرة ، لأن الزوج هو الذي ملكها وهو مالك للطلاق . فإن مات أحدهما قبل البلوغ ورثه الآخر ، وكذا إذا مات بعد البلوغ قبل التفريق ، لأن أصل العقد صحيح والملك ثابت به انتهى بالموت ،

الزوج لا يقتصر على المثبت ، بل يمتد إلى ما وراء المجلس ، لهن التفويض هو القصر على المجلس م : (**بل لتوهم الخلل**) ش : هذا أضراب دليل يشمل البكر والغلام ، تقريره خيار البلوغ يثبت بعدم الرضا لتوهم الخلل ، وما ثبت بعدم الرضا يبطل بالرضا ؛ لوجود منافية م : (**فإنما يبطل بالرضا، غير أن سكوت البكر رضًا**) ش : دون سكوت الغلام ، فيبطل خياره بمجرد السكوت ، فيمتد خياره ، ويمتد خياره إلى ما وراء المجلس .

م : (**بخلاف خيار العتق**) ش : هذا بيان الفرق بينه وبين خيار البلوغ ، وهو بيان الأمر الخاص بيانه أن خيار العتق مخالفة م : (**لأنه ثبت بإثبات المولي وهو الإعتاق**) ش : لأنه لو لم يعتق لما ثبت لها الخيار م : (**فيعتبر فيه المجلس**) ش : لأن كل خيار ثبت بإثبات غيره فيقتصر على المجلس م:(**كما في خيار المخيرة**) ش : فإنه يقتصر فيه على المجلس م : (**ثم الفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق**) ش : يعني سواء كان قبل الدخول أو بعده .

م : (**لأنها تصح من الأنثى**) ش : ولا خيار م : (**ولا طلاق إليها**) ش : أي إلى الأنثى ، وفائدته تظهر في موضعين .

أحدهما: أن الفرقة إذا كانت قبل الدخول لم يجب نصف المسمى ، ولو كان طلاقًا لوجب .

والثاني : أنهما لو تناكحا بعد الفرقة ملك الزوج ثلاث تطليقات .

م : (**وكذا بخيار العتق**) ش : أي كذا الفرقة بخيار العتق ليس بطلاق م : (**لما بينا**) ش : أنه يصح من الأنثى م : (**بخلاف المخيرة**) ش : فإن الفرقة بالتخيير و م : (**لأن الزوج هو الذي ملكها**) ش : أي ملك المرأة الطلاق بالتخيير إليها م : (**وهو مالك للطلاق**) ش : أي والحال أن الزوج مالك بالطلاق .

م : (**وإن مات أحدهما قبل البلوغ**) ش : أي فإن مات أحد الزوجين قبل البلوغ م : (**ورثه الآخر**) ش : أي الزوج الآخر م : (**وكذا**) ش : وورثه الآخر م : (**إذا مات بعد البلوغ قبل التفريق**) ش: أي قبل تفريق القاضي بينهما م : (**لأن أصل العقد صحيح ، والملك ثابت به**) ش : أي بأصل العقد م : (**انتهى بالموت**) ش : فيتوارثان .

بخلاف مباشرة الفضولي إذا مات أحد الزوجين قبل الإجازة ، لأن النكاح ثمة موقوف فيبطل بالموت ، وها هنا نافذ فيتقرر به . قال ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لأنه لا ولاية لهم على أنفسهم فأولى أن لا تثبت على غيرهم ، ولأن هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض إلى هؤلاء ولا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾ (النساء: الآية١٤١) ، ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان ،

م : (**بخلاف مباشرة الفضولي**) ش : بأن عقد بين الرجل والمرأة بغير إذنهما ، فإن العقد فيه موقوف على الإجازة م : (**إذا مات أحد الزوجين قبل الإجازة**) ش : فلا إرث في أحدهما للآخر م : (**لأن النكاح ثمة موقوف ، فيبطل بالموت وها هنا**) ش : يعني في المخيرة للنكاح م : (**نافذ فيتقرر به**) ش : أي بالموت .

م : (**قال**) ش : أي القدوري : م : (**ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون ، لأنه لا ولاية لهم على أنفسهم ، فأولى أن لا تثبت على غيرهم**) ش : لأن الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة ، فمن لا ولاية له على نفسه فأولى أن لا يكون له ولاية على غيره .

م : (**ولأن هذه ولاية نظرية ، ولا نظر في التفويض إلى هؤلاء**) ش : يعني العبد ، والصغير ، والمجنون ، وهذا بالإجماع . وفي «المغني» قال أحمد : إن كان الصغير ابن عشر زوج وتزوج ، وهو شذوذ وتعلق بقوله ﷺ : « **واضربوهم عليها لعشر** »[1] . وللجماعة حديث «رفع القلم» المشهور ، وحديثه [. . .] والتخلق .

م : (**ولا ولاية لكافر على مسلم ومسلمة**) ش : يعني الولاية الشرعية ، ولا معتبر بالحمية فيها م: (**لقوله تعالى :﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً ﴾**) ش: (**النساء : الآية ١٤١**) أي سبيلاً شرعيًا .

م : (**ولهذا**) ش : أي لعدم ولايته على المسلمين م : (**لا تقبل شهادته عليه**) ش : أي شهادة الكافر على المسلم م : (**ولا يتوارثان**) ش : أي المسلم والكافر ، فلا يرث المسلم من الكافر . وفي «المغني» : الكافر إذا أسلمت أم ولده ، هل يزوجها ، فيه وجهان . أما سيدة الأمة الكافرة فلها تزويجها الكافر ؛ لكونها لا تحل للمسلمين عندهم ، ويزوج الكافر ابنته الكافرة ، من كافر وفي« المغني» : ومن مسلم . وكذا يزوج ابنه الكافر ، ويبطل به قوله : إن العتق يسلب الولاية ؛ فإن الكافر فاسق وزيادة ، وعندنا الفسق لا يسلب الولاية ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي .

---

(١) حسن : رواه البيهقي (٢/ ٢٢٩) ، عن سوار أبي حمزة ، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . . . مرفوعًا، ورواه عن سوار عن محمد بن جحادة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . . . مرفوعًا ، ورواه عن الليث ابن أبي سليم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . . . مرفوعًا . وسوار فيه كلام لا ينزل بحديثه عن رتبة الحسن .

أما الكافر فتثبت له ولاية إلا نكاح على ولده الكافر ، لقوله تعالى ﴿ والذين كفروا بعضهم أولياء بعض ﴾ (الأنفال:الآية٧٣) ولهذا تقبل شهادته عليه ويجري بينهما التوارث ولغير العصبات من الأقارب ولاية التزويج عند أبي حنيفة ، معناه عند عدم العصبات ، وهذا استحسان. وقال محمد لا تثبت وهو القياس ، وهو رواية عن أبي حنيفة -رحمه الله- وقول أبي يوسف في ذلك مضطرب ، والأشهر أنه مع محمد ، لهما ما روينا ،

م : (**وأما الكافر فتثبت له ولاية الإنكاح على ولده الكافر ، لقوله تعالى : ﴿ والذين كفروا بعضهم أولياء بعض ﴾**) ش : (الأنفال : الآية ٧٣) ، لأن أنكحة الكفار فيما بينهم صحيحة ، إلا على قول مالك . فإن أنكحتهم باطلة عنده ، ونحن نقول بقوله عز وجل : **﴿وامرأته حمالة الحطب ﴾** (المسد : الآية ٤)، ولو لم يكن لهم نكاح لما سماها امرأته . قال ﷺ : «**ولدت من نكاح لا من سفاح**»[١] .

م : (**ولهذا**) ش : أي ولثبوت ولاية الكافر في النكاح على ولده م : (**تقبل شهادته عليه**) ش : أي شهادة الكافر على ابنه م : (**ويجري بينهما التوارث**) ش : أي يجري بين الأب والابن الكافر من الإرث ، فيرث كل منهما من الآخر .

قال : م : (**ولغير العصبات من الأقارب**) ش : نحو الأخوال والخالات والعمات م : (**ولاية التزويج**) ش : مرفوع، لأنه مبتدأ وخبره قوله : لغير العصبات مقدمًا م : (**عند أبي حنيفة ، معناه عند عدم العصبات**) ش : نسبية كانت أو سببية ،كمولى العتاقة . فعند أبي حنيفة بعد العصبات الأم ثم ذوو الأرحام الأقرب فالأقرب ، ثم بنت الابن ، ثم بنت البنت ، ثم بنت ابن الابن ، ثم بنت بنت البنت ، ثم الأخت لأب وأم ، ثم الأخت لأم ، ثم أولادهم ، ثم العمات ، والأخوال والخالات ، وأولادهم على هذا الترتيب، ثم مولى الموالاة ، ثم السلطان ، ثم القاضي ومن نصبه القاضي إذا شرط تزويج الصغار في عهدة منشورة ، أما إذا لم يشترط فلا ولاية له .

م : (**وهذا استحسان**) ش : أي هذا الذي ذهب إليه أبو حنيفة استحسان م : (**وقال محمد : لا تثبت**) ش : أي والولاية لغير العصبات . م : (**وهو القياس**) ش : أي الذي ذهب إليه محمد هو القياس م : (**وهو رواية عن أبي حنيفة**) ش : أي قول محمد رواية عن أبي حنيفة ، رواه الحسن عنه، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد.

م : (**وقول أبي يوسف في ذلك مضطرب**) ش : لأنه ذكر في كتاب «النكاح» مع أبي حنيفة ، وفي كتاب« الولاء» مع محمد م : (**والأشهر أنه**) ش : أي أن أبا يوسف م : (**مع محمد**) ش : ولكن ذكر في «الكافي» : والجمهور على أن أبا يوسف مع أبي حنيفة .

م : (**لهما**) ش : أي لأبي يوسف ومحمد م : (**ما روينا**) ش : وهو قوله ﷺ : « **النكاح إلى**

---

(١) تقدم تخريجه .

ولأن الولاية إنما تثبت صوناً للقرابة عن نسبة غير الكفوء إليها وإلى العصبات الصيانة ، ولأبي حنيفة :أن الولاية نظرية والنظر تتحقق بالتفويض إلى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة. ومن لا ولي لها يعني العصبة من جهة القرابة إذا زوجها مولاها الذي أعتقها جاز لأنه أخر العصبات ، وإذا عدم الأولياء فالولاية إلى الإمام والحاكم لقوله عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له ،

العصبات» ، والألف واللام تدل على جنس النكاح لعدم العهد ، ومعناه : هذا الجنس مفوض إلى هذا الجنس .

فلا يكون لغيره فيه مدخل ، وقد مضى الكلام في الحديث م : (**ولأن الولاية إنما تثبت صونًا للقرابة عن نسبة غير الكفء إليها وإلى العصبات الصيانة**) ش : أي الصيانة إلى العصبات .

م : (**ولأبي حنيفة أن الولاية نظرية ، والنظر يتحقق بالتفويض إلى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة**) ش : والشفقة موجودة في الأم وقرابتها كما في قرابة الأب ، ولهذا قال أصحابنا قوله عليه السلام : « **الإنكاح إلى العصبات**» يتناول الإمام ؛ لأنها عصبة في الجملة ، يعني في صورة ولد الزنا ، وولد الملاعنة وثبت له ولاية التزويج أيضًا .

والجواب عن الحديث أن النكاح إلى العصبات حالة وجودهم وبه يقول .

قال : م : (**ومن لا ولي لها**) ش : هذا لفظ القدوري وقوله : م : (**يعني العصبة من جهة القرابة**) ش : من كلام المصنف والضمير في - لها - يرجع إلى - **من** - وهي الولية ، وفي بعض النسخ ، ومن لا ولي له بتذكير الضمير وهو ظاهر .

م : (**إذا زوجها مولاها الذي أعتقها جاز**) ش : لمولى العتاقة وعصبة التزويج بالإجماع ، ترتيب عصبات العتق كعصبات القرابة بالإجماع ، ويكون مقدمًا على ذوي الأرحام [. . .] وغيرهما .

م : (**لأنه آخر العصبات**) ش : في الإرث ، وكذا لمولى الموالاة ولاية التزويج على الصغير والصغيرة عندهما إذا لم يكن لها قريب ، خلافًا لمحمد والشافعي ، ومالك وأحمد ؛ لأنه يؤخر عن ذوي الأرحام في الميراث عند محمد ، فلا يكون له ولاية ، كما لذوي الأرحام، وعند الشافعي : عقد الموالاة يصح ، فلا يكون له عصوبة ولا قرابة .

م : (**وإذا عدم الأولياء**) ش : يعني على الوجه المذكور ، وذكر بلفظ الأولياء ليتناول العصبات النسبية والسببية م : (**فالولاية للإمام**) ش : أي الخليفة م : (**والحاكم**) ش : أي القاضي ومن نصبه القاضي إذا شرط تزويج الصغار في عهده م : (**لقوله ﷺ**) ش : أي لقول النبي ﷺ م:(**السلطان ولي من لا ولي له**) ش : هذا في آخر حديث أخرجه أبو داود والترمذي ، وابن ماجة

فإذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعد منه أن يزوج . وقال زفر لا يجوز لأن ولاية الأقرب قائمة لأنها تثبت حقاً له صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته ، ولهذا لو زوجها حيث هو جاز ولا ولاية للأبعد مع ولايته . ولنا أن هذه ولاية نظرية ، وليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع برأيه ففرضناه إلى الأبعد وهو مقدم على السلطان كما إذا مات الأقرب . ولو زوجها حيث هو فيه منع

من حديث الزهري ، عن عائشة -رضي الله تعالى عنها- قالت : قال رسول الله ﷺ: « **أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها ، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له** »، وقال الترمذي: حديث حسن[1] .

م : (**فإذا غاب الولي الأقرب**) ش : كالأب م : (**غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعد منه**) ش : كالجد م : (**أن يزوج**) ش : وبه قال مالك وأحمد ، وقال الشافعي : يزوجها السلطان أو القاضي ، ولا يجوز أن يزوجها الأبعد م : (**وقال زفر : لا يجوز**) ش : لأحد حتى يحضر الأقرب م : (**لأن ولاية الأقرب قائمة ؛ لأنها تثبت حقًا له**) ش : والأبعد محجوب الولاية ، ولا تأثير للغيبة في قطع، وحقه ثبت م : (**صيانة للقرابة**) ش : عن نسب الكفء إليها .

م : (**فلا تبطل**) ش : أي حقه م : (**بغيبته ؛ ولهذا**) ش : أي ولثبوت حقه ؛ وعدم بطلانها بغيبته م : (**لو زوجها حيث هو**) ش : أي لزوجها الولي الأقرب، حيث كان هو م : (**جاز**) ش : بالاتفاق فدل على قيام ولايته في غيبته ، فإذا كان كذلك لا يجوز تزويج الأبعد ، م : (**ولا ولاية للأبعد مع ولايته**) ش : أي مع ولاية الأقرب .

م : (**ولنا أن هذه**) ش : أي هذه الولاية م : (**ولاية نظرية وليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع برأيه**) ش : وهو الأقرب في غيبته، لتعذر الانتفاع بغيبته ،والتحق بمن لا ولي له أصلاً، كالصغير والمجنون ، وله أي الأبعد خلف عن رأي الأقرب فصار كولاية الحضانة كتقدم فيها الأقرب .

فإذا تزوج كانت الولاية للأبعد ، فإن كان الأمر كذلك م : (**ففرضناه إلى الأبعد**) ش : وهذه نتيجة المتقدمتين الصادقتين ، فافهم . م : (**وهو مقدم على السلطان**) ش : قال الأكمل : وهذه إشارة إلى جواب الشافعي م : (**كما إذا مات الأقرب**) ش : لم تنقل إلى السلطان ، فعنده إذا غاب الأقرب يزوج السلطان كما ذكرناه .

قلت : لم يذكر قول الشافعي في الكتاب صريحًا ، ولم يذكر قوله إلا الشراح .

م : (**ولو زوجها حيث هو فيه منع**) ش : هذا جواب عن قول زفر ، ولهذا لو زوجها حيث

---

(١) صحيح : تقدم تخريجه .

وبعد التسليم نقول: للأبعد بعد القرابة وقرب التدبير للأقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فأيهما عقد نفذ ولا يرد . والغيبة المنقطعة أن يكون في بلد لا تصل إليه القوافل في السنة إلا مرة واحدة ، وهو اختيار القدوري .

جاز تقريره لا نسلم جوازه ، وفي «المحيط» : لا رواية فيه ، وينبغي أن لا يجوز ، لانقطاع ولايته م : (**وبعد التسليم**) ش : أي بعد أن سلمنا ذلك م : (**نقول : للأبعد بعد القرابة وقرب التدبير، وللأقرب عكسه**) ش : وهو قرب القرابة ، وبعد التدبير ، وثبوت الولاية ، فاستويا من هذا الوجه .

م : (**فنزلا منزلة وليين متساويين فأيهما عقد نفذ**) ش : أي العقد م : (**ولا يرد**) ش : يعني إذا حضر الأقرب ، وقد زوج الأب ، ثم حضر الأقرب لا يرد العقد ، وقيل : عند زفر يبطل عقد الأبعد إذا حضر الأقرب لعدم ولايته م : (**والغيبة المنقطعة**) ش : لما ذكر لفظ الغيبة المنقطعة فيما مضى شرع هنا في بيانها ، فقال: م : (**أن يكون**) ش : أي الولي الأقرب م : (**في بلد لا تصل إليه القوافل في السنة إلا مرة واحدة**) ش : وقدرها الشافعي ومالك وأحمد بأدنى مدة السفر .

وفي «المبسوط» : وإليه أشار محمد في الكتاب ، فقال : أرأيت لو كان في السواد ونحوه، إنما كان يستطبع رأيه فهذا إشارة إلى أنه إذا جاوز السواد ثبتت الولاية للأبعد ، وعن أبي يوسف ، ومحمد المنقطعة من البصرة إلى الرقة ، وغير المنقطعة من بغداد إلى الكوفة ، وقيل : بعد بمائة وخمسين فرسخًا . وفي «المحيط» : عن محمد روايتان : أحدهما : مسيرة شهر ، والأخرى : مسيرة ثلاثة أيام، واختارها أبو الليث . وعن محمد : من الكوفة إلى الري وهو عشرون مرحلة ، وفي «الروضة» : ، وهو قول أبي حنيفة ذكره الطحاوي في شرحه ومختصره ، وقيل : من الكوفة إلى البصرة .

وفي «الأسبيجابي» : إن كان في مكان لا تختلف إليه القوافل فهو غيبة منقطعة . وقيل : إن كان في موضع يقع إليه بدفعة واحدة فليست بمنقطعة ، ومن المشايخ من قال أنْ لا يتوقف له على أثر ، بأن كان جوالاً من موضع إلى موضع ، أو مفقودًا حتى لو كان في بلد واحد ، لا يوقف عليه مختصًا لها كانت غيبة منقطعة .

وقال أحمد: يزوجها في السفر البعيد دون القريب ، قيل : يحتمل أن يكون البعيد ما يقصر فيه الصلاة . وقيل : ما يقطع بكلفة ومشقة ، وقيل : يزوجها الحاكم ، وإن كان قريبًا ، وإن كان القريب محبوسًا أو أسيرًا في مسافة قريبة فهو كالبعيد ، وكذا إذا لم يعلم مكانه والشافعية قدروها بمسافة القصر .

م : (**وهو اختيار القدوري**) ش : يعني الذي اختاره القدوري في «مختصره» ، وهو قوله : والغيبة المنقطعة أي يكون في بلدة لا تصل إليها القوافل في السنة إلا مرة .

وقيل: أدنى مدة السفر، لأنه لا نهاية لأقصاه، وهو اختيار بعض المتأخرين، وقيل: إذا كان بحال يفوت الكفء باستطلاع رأيه، وهذا أقرب إلى الفقه؛ لأنه لا نظر في إبقاء ولايته حينئذ. وإذا اجتمع في المجنونة أبوها وابنها فالولى في إنكاحها ابنها، في قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله-. وقال محمد - رحمه الله-: أبوها لأنه أوفر شفقة من الابن. ولهما أن الابن هو المقدم في العصوبة، وهذه الولاية مبنية عليها، ولا معتبر بزيادة الشفقة كأب الأم مع بعض العصبات، والله أعلم.

م: (**وقيل: أدنى مدة السفر**) ش: أي الغيبة المنقطعة أدنى مدة السفر، وبه أخذ الثوري ومحمد بن مقاتل الرازي، وأبو عصمة سعد بن معاذ المروزي، وأبو علي النسفي أدناه، وهو اختيار بعض المتأخرين، وأبو اليسر والصدر الشهيد م: (**لأنه لا نهاية لأقصاه**) ش: أي لأقصى السفر فاعتبره أدناه م: (**وهو اختيار بعض المتأخرين**) ش: وعليه الفتوى، وبه قال الثلاثة، وبعض المتأخرين هم الذين ذكرناهم.

م: (**وقيل: إذا كان بحال يفوت الكفء باستطلاع رأيه**) ش: قال الإمام السرخسي في «مبسوطه»: هو الأصح، وهو اختيار الفضلي، ولهذا قال المصنف: م: (**وهذا أقرب إلى الفقه؛ لأنه لا نظر في إبقاء ولايته حينئذ**) ش: يعني لعدم الانقطاع به حينئذ. وعن هذا قال الإمام قاضي خان في «الجامع الصغير»: حتى لو كان مختفيًا في البلدة، ولا يتوقف عليه تكون غيبة منقطعة.

م: (**وإذا اجتمع في المجنونة أبوها وابنها فالولي في إنكاحها ابنها، في قول أبي حنيفة وأبي يوسف**) ش: وبه قال مالك وأحمد. م: (**وقال محمد: أبوها**) ش: أي أبوها أولى م: (**لأنه أوفر شفقة من الابن**) ش: لأن ولاية الأب تعم النفس والمال، وليس للابن ولاية في المال.

م: (**ولهما**) ش: أي لأبي حنيفة وأبي يوسف م: (**أن الابن هو المقدم في العصوبة**) ش: ألا ترى أن الأب معه يستحق السدس بالفرضية فقط م: (**وهذه الولاية مبنية عليها**) ش: أي على العصوبة. م: (**ولا معتبر بزيادة الشفقة كأب الأم مع بعض العصبات**) ش: هذا جواب محمد، وأبو الأم أوفر شفقة من ابن الأخ، يقدم أبو الأم عليه بالإجماع، ولا فرق بين الجنون بأن يبلغ مجنونًا، والطارئ و هو الجنون بعد البلوغ عاقلاً.

قال زفر: في الجنون الأصلي كذلك، أما في العارضي فلا ولاية للولي عليها، وحكى ذلك عن الشافعي، وفي «الحلية»: هذا ليس بشيء. وفي« شرح الوجيز»: والأصح أن لا فرق بين الأصلي والعارضي في ثبوت الولاية عليه كمذهبنا، ولكن يزوجها الأب والجد خاصة.

فرع: امرأة جاءت إلى القاضي وقالت: لا ولي لي وإني أريد أن أتزوج، فالقاضي يأذن لها في النكاح، علم أن لها وليًا أم لا، وعن إسماعيل بن حماد فالقاضي يقول لها إن لم تكوني

....

قرشية ولا عربية، ولا ذات زوج ، ولا في عدة أحد : فقد أذنت لك .

قال شيخ الإسلام : للقاضي أن يكفلها إقامة البينة ، يلزم القاضي ما ادعت من غير خيار . وفي «الذخيرة» : هذه البينة تسمى بينة كشف الحال . وسئل شيخ الإسلام : عن بكر بالغ شافعية زوجت نفسها من حنفي أو شافعي هل يجوز ؟ قال : نعم؛ وإن كان لا يصح عند الشافعي، والزوجان يعتقدان هذا المذهب ، ولو سئلنا ما جواب الشافعي في هذه المسألة ؟ أجبنا : أنه يصح عند أبي حنيفة .

وسئل أيضًا في عقد عقد بحضرة فاسقين من المسلمين ، وغاب عنها الزوج غيبة منقطعة، هل يجوز للقاضي أن يبعث إلى شافعي يبطل النكاح بهذا السبب ؟ ، قال : نعم، وللحنفي أن يبطله بنفسه أيضًا ، أخذ بهذا الإمام ، وإن لم يكن مذهبنا له . قال : وعندي أن هذا على قول أبي حنيفة -رضي الله تعالى عنه - بناء على أن القاضي إذا قضى بخلاف مذهبه ينفذ عنده خلافًا لهما ، وليس هو من ولايته ، فإن أوصى الأب بالنكاح إلا إذا كان الأب قريبًا ، فحينئذ يزوج بالقرابة لا بالوصية ؛ لأنه ولاية في المال دون النفس .

وقال أحمد في رواية ، والشافعي ومالك : إن أوصى إليه في التزويج جاز ، وهي رواية هشام عن أبي حنيفة ، وإن كانت الثيب كبيرة يزوجها القاضي بإذنها ، وإن كانت صغيرة ، وعين الموصى الزوج زوجها الموصي منه ، كما لو وكل به في حياته ، وإن لم يتعين ينظر بلوغها لتأذن .

وفي «السروجي» : والوصي لا يزوج ، وهو قول الشعبي ، والنخعي، والثوري، والحارث النكلي، والشافعي ، وابن المنذر ، ورواية عن أحمد ، وفي «تعليق الطرسوسي» : الوصي أولى من الولي ، سواء أقال الموصي : أنت وصي أو وصي على بناتي، أو أنت وصي على مالي عند مالك .

* * *

فصل في الكفاءة

الكفاءة في النكاح معتبرة ، قال عليه السلام : « ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ، ولا يزوجن إلا من الأكفاء »

م : (فصل في الكفاءة)

ش : لما كانت الكفاءة معتبرة وعدمها يمنع الجواز ، ولهذا يتمكن الأولياء من الفسخ احتاج إلى أن يذكر حكمها في فصل على حدة ، قال الجوهري : الكفء النظير ، وكذلك الكفو ، والكفوء على فعل وفعول . والمصدر الأكفاء بالفتح والمد . وقال ابن الأثير : الكفء النظير ، والمساوي ومنه الأكفاء في النكاح ، وهو أن يكون الزوج مساويًا للمرأة في حسبها ، ونسبها ، ودينها ، وسنها وغير ذلك .

م : (قال : **الكفاءة في النكاح معتبرة**) ش : أصحاب الحديث والفقهاء اختلفوا في عبارة الكفاءة ، قال ابن المنذر في «الأشراف» : ذهب عمر بن عبد العزيز ، وحماد بن أبي سليمان ، وعبيد بن عمير ، وابن سيرين ، وابن عون ومالك أن الكفاءة غير معتبرة إلا في الدين .

وفي «البدائع» : وهو قول الحسن البصري ، والكرخي من أصحابنا ، وفي «المبسوط» : وقال الكرخي : الأصح عندي أنه لا اعتبار بالكفاءة في النكاح . وعن الثوري وابن حنبل : لابد من اعتبار الكفاءة ، ولا يسقط إلا بتراضي الولي والمرأة .

وعنه في الرجل يشرب الشراب ، أو هو حائك يفرق بينهما ، وفي «البسيط» ذهب الشيعة إلى أن نكاح العلويات ممتنع على غيرهم مع التراضي ، قال السروجي : وهما قولان باطلان .

م : (قال عليه السلام : **ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء، ولا يزوجن إلا من الأكفاء**) ش : قال الأكمل : رواه جابر ، وسكت [. . .] ، وقال أبو عمر بن عبد البر : هذا حديث ضعيف ، لا أصل له ولا يحتج بمثله . قال البيهقي : ضعيف بمرة ، ورواه في« السنن» [1] عن مبشر بن عبيد وأسند في« المعرفة» عن ابن حنبل أنه قال : أحاديث مبشر بن عبيد موضوعة كذب . وقال ابن القطان : وهو كما قال ، لكن يبقى عليه الحجاج بن أرطاة و هو ضعيف ومدلس على الضعفاء .

قلت : مبشر بن عبيد يروي هذا الحديث عن الحجاج بن أرطاة عن عطاء عن عمرو بن دينار ، عن جابر ، عن عبد الله بن عمر -رضي الله تعالى عنهما - ، رواه أبو يعلى الموصلي في «مسنده » عن مبشر بن عبيد عن أبي يزيد عن جابر يذكره وهو أبو يعلي .

---

(١) رواه الدارقطني في النكاح ص ٣٩٢ ، والبيهقي (٧/ ١٣٣) ، عن مبشر بن عبيد حدثني الحجاج بن أرطاة عن عطاء ، وعمرو بن دينار عن جابر . . . مرفوعًا .

رواه ابن حبان في كتاب «الضعفاء» . وقال : مبشر بن عبيد يروي عن الثقات الموضوعات، لا يحل كتب حديثه إلا على جهة التعجب . وقال البيهقي : وفي اعتبار الكفاءة أحاديث لا يقوم بأكثرها حجة ، وأمثلها حديث علي -رضي الله تعالى عنه- ثلاثة لا يؤخرها ، وفيه الأيم إذا وجدت كفؤًا .

قلت : هذا الحديث رواه الترمذي في الصلاة .

وفي« الجنازة» حديث قتيبة حدثنا عبد الله بن وهب ، عن سعيد بن عبد الله الجهني ، عن محمد بن عمرو بن علي بن أبي طالب عن أبيه عن علي بن أبي طالب -رضي الله تعالى عنهم- أن رسول الله ﷺ قال : « **يا علي ثلاثة لا تؤخرها :الصلاة إذا أتت ،والجنازة إذا حضرت ، والأيم إذا وحدت كفؤًا** » .

وقال الترمذي : حديث غريب ولا أرى إسناده متصلاً [1]،[و] أخرجه الحاكم في «مستدركه »، وكذلك في كتاب النكاح وقال : صحيح الإسناد ولم يخرجاه . والمصنف استدل بالحديث الذي ذكره في اعتبار الكفاءة ولم يتعرض لاشتراطها ، ولا ذكر الخلاف فيه ، والحديث شاهد على اشتراطها .

وقال البيهقي في «المعرفة» : وأصل الكفاءة مستنبط من حديث بريرة ، لأنه ﷺ إنما خيرها؛ لأن زوجها لم يكن كفؤًا لها واستدل ابن الجوزي في « التحقيق » على اشتراطها بحديث عائشة-رضي الله تعالى عنها- أنه ﷺ قال : « **تخيروا لنطفكم وأنكحوا الأكفاء** » .

قلت : هذا أخرجه ابن ماجة، والحاكم في «مستدركه »من رواية الحارث بن عمر ، وعن هشام بن عروة ، عن أبيه عن عائشة -رضي الله تعالى عنها- قالت : قال رسول الله ﷺ : «**تخيروا لنطفكم وأنكحوا الأكفاء وانكوا لهم** » ، وقال الحاكم : تابعه عكرمة بن إبراهيم ، عن هشام، ثم رواه كذلك ، ثم قال: هذا حديث صحيح الإسناد .

روى الحاكم أيضًا من حديث نافع ، عن ابن عمر -رضي الله تعالى عنه- قال : قال رسول الله ﷺ : « **إذا جاءكم الأكفاء فأنكحوهن ولا تربصوا لهن الحدثان** » ، قال العباس بن حمزة -أحد رواة الحديث-: الحدثان الموت .

م : (**ولأن انتظام المصالح**) ش : من المسكن والصحبة والألفة والتولد والتناسل وتأسيس القرابات م : (**بين االمتكافئين عادة**) ش : لأن انتظام المصالح لا يكون إلا بهما ، بخلاف غير المتكافئين والمتكافئان المتساويان . وقال ابن الأثير : في حديث العقيقة عن الغلام شاتان متكافئتان

---

(١) ضعيف : قلت: فيه سعيد بن عبد الله الجهني وهو مجهول الحال، ومحمد بن عمرو بن علي وهو مجهول .

لأن الشريفة تأبى أن تكون مستفرشة للخسيس ، فلا بد من اعتبارها بخلاف جانبها ، لأن الزوج مستفرش ، فلا تغيظه دناءة الفراش . وإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فللأولياء أن يفرقوا بينهما دفعاً لضرر العار عن أنفسهم .

أي متساويتان ، وهو بكسر الفاء ، والمحدثون يقولون : متكافئان بالفتح، وأرى الفتح أولى ، انتهى . وإنما ذكرت هذا لأجل وقوع هذا اللفظ في الكتاب .

م : (**لأن الشريفة**) ش : سواء كانت في الحسب أو النسب م : (**تأبى أن تكون مستفرشة للخسيس**) ش : أي للرجل الخسيس في الحسب والحرفة والمدينة م : (**فلا بد من اعتبارها**) ش : أي اعتبار الكفاءة، لأن ملك النكاح دل على أن النكاح رق حكمًا ، إليه أشار قوله ﷺ : «**النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته** »، وإذلال النفس حرام ، قال ﷺ : « **ليس للمؤمن أن يذل نفسه**» م:(**بخلاف جانبها**) ش : أي جانب المرأة .

م : (**لأن الزوج مستفرش**) ش : بكسر الراء م : (**فلا تغيظه دناءة الفراش**) ش : فليس فيه إذلال النفس ، فإن نسب الولد لا يكون إلى أمه بل يكون إلى أبيه ، والولي لا يعتبر بأن يكون تحت الرجل لا يكافئه . وفي «المحيط» : الكفاءة من جانب النساء غير معتبرة عند أبي حنيفة -رضي الله تعالى عنه - وهو الصحيح من مذهب الشافعي ، وابن حنبل ، وعندهما معتبرة استحسانًا نص عليه محمد في «الجامع الصغير» .

وفي «الذخيرة» : وروى هشام ، عن أبي يوسف أنه لو تزوج امرأة على أنها قرشية فظهرت نبطية فله الخيار عنه ، وعند أبي حنيفة لا خيار له ، وعندهما معتبرة ، وروي غير معتبرة ، حتى لم يكن للأولياء الاعتراض على الأصل إذا تزوج وضيعة ، وفي« المفيد والمزيد» غير معتبرة في ظاهر الرواية ، وقيل : معتبرة عندهما .

م : (**وإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فللأولياء أن يفرقوا بينهما دفعًا لضرر العار عن أنفسهم**) ش : أما التفريق فما لم تلد المرأة ، وفيه خلاف قد مضى ، ولا يبطل حق الولي بالسكوت بعد العلم ، وإن طال السكوت ، ولا يكون التفريق إلا عند القاضي ؛ لأنه مجتهد فيه .

وكل من الخصمين يثبت بدليل ، فلا يقطع الخصومة إلا بفعل من له ولاية عليهما كالفسخ بخيار البلوغ ، وما لم يفرق القاضي فحكم الطلاق والإرث قائم ، وكأن النكاح انعقد صحيحًا في ظاهر الرواية . وهذه الفرقة ليست بطلاق ، لأنه تفريق على سبيل الفسخ لأجل النكاح ، والطلاق تصرف في النكاح ولا مهر لها إن لم يدخل بها فلها المسمى . وأما إذا رضي بعض الأولياء فيسقط حق الباقين ، إلا أن يكون الباقي أقرب من الرضا .

وقال أبو يوسف وزفر والشافعي : لا يسقط حق الباقين ، لأنه حق الكل فلا يسقط إلا برضا الكل كالدين المشترك إذا أبرئ أحدهم ، قلنا : إنه حق واحد ، لا يتجزأ ؛ لأنه ثبت بسبب

ثم الكفاءة تعتبر في النسب لأنه يقع به التفاخر ، فقريش بعضهم أكفاء لبعض ، والعرب بعضهم أكفاء لبعض ، والأصل فيه قوله عليه السلام : «قريش بعضهم أكفاء

فكل واحد على الكمال ، كولاية الأمان إذا أبطله أحدهم لا يبقى ضرورة لحق القصاص .

م : (**ثم الكفاءة تعتبر في النسب**) ش : وفي «المبسوط» : الكفاءة تعتبر في حق الرجل في النسب ، والحرية ، والمال ، والحرفة ، والحسب . وفي «فتاوى الولوالجي» : في التقوى وإسلام الأب والعقل أيضًا . وفي «المنهاج» : عند الشافعي تعتبر الكفاءة في سلامة العيوب التي ترد بها ، والنسب ، والحرية ، والعفة ، والحرفة ، وهي خمس ، ومثله عن أحمد ، وعنه الدين والمنصب .

م : (**لأنه**) ش : أي لأن النسب م : (**يقع به التفاخر**) ش : وهذا ظاهر ، وكان سفيان الثوري لا يعتبر الكفاءة فيه ، لأن الناس سواء كأسنان المشط ، لا فضل لعربي على عجمي ، إنما الفضل بالتقوى .

وقال الجوهري : تقول : مررت برجل سواك وسواك وسوائك ، أي غيرك وهما في هذا الأمر سواء ، وإن شئت ترى أن وهم سواء الجميع ، وهم أسواء وهم سواسية ، أي أشباه ، مثل ثمانية على غير قياس ، ووزنه أفعاعلة ذهبت منه الحروف الثلاثة ، وأصله الباء فقريش أكفاء لبعضهم ، يدخل فيه بنو هاشم وبنو المطلب ، خلافًا للشافعي فيهما ، وأحمد في الأول والقرشي من كان من ولد النضر بن كنانة ، ومن لم يكن من ولد النضر من العرب فهو غير قرشي .

وقال ابن عباس : سموا بداية في العجز لم يظهر لهاشمي من الدواب إلا أكلته فشبهت قريش بها لأجل القهر والعز والغلبة . وفي «البدائع» : وقريش لجميع العرب كالهاشمي ، والمطلبي ، والنوفلي ، والأموي ، والقيسي ، والزهري ، والتميمي ، والعدوي .

وحاصله أن هاشمًا وعبد شمس والمطلب ونوفلاً هم أولاد عبد مناف بن قصي بن كلاب بن مرة بن كعب ، فالأربعة أولاد جد رسول الله ﷺ ، وعثمان رضي الله عنه أموي منسوب إلى أمية بن عبد شمس بن عبد مناف ، وأبو بكر -رضي الله تعالى عنه - تيمي منسوب إلى تيم بن مرة بن كعب ، وعمر -رضي الله تعالى عنه - عدوي منسوب إلى عدي بن كعب بن لؤي بن غالب وهؤلاء سادات .

م : (**فقريش بعضهم أكفاء لبعض**) ش : لصلاحية كل منهم الخلافة ، بخلاف العرب غير قريش ، ليست كفؤًا لقريش لعدم مساواتهم لقريش ؛ لأنهم لا يصلحون للخلافة م : (**والعرب بعضهم أكفاء لبعض**) ش : وليس أكفاء لقريش .

م : (**والأصل فيه**) ش : أي في هذا الباب م : (**قوله عليه السلام : « قريش بعضهم أكفاء**

لبعض بطن ببطن ، والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ، والموالي بعضهم أكفاء لبعض

لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ، والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل » قال السروجي : لما روي أنه عليه السلام قال : «قريش أكفاء . . . »فذكر [1] الحديث ثم قال : إنما ذكرناه بصيغة التمريض ، لأني لم أجده في كتب الحديث ، وإنما ذكر في كتب الفقه ، فلهذا لم أجزم به ، انتهى .

قلت : روى الحاكم : حدثنا الأصم ، حدثنا الصغاني ، حدثنا شجاع بن الوليد ، حدثنا بعض إخواننا ، عن ابن جريج ، عن عبد الله بن أبي مليكة ، عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : **«العرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ، ورجل برجل ، إلا حائك وحجام »** .

وقال صاحب « التنقيح » : هذا منقطع إذ لم[يلق]شجاع بن الوليد بعض أصحابه ، ورواه أبو يعلى في «مسنده » من حديث بقية بن الوليد ، عن زرعة بن عبد الله الزهري ، عن عمران بن أبي الفضل الأيلي ، عن نافع عن ابن عمر نحوه مرفوعاً مسندًا . وقال ابن عبد البر : هذا حديث منكر موضوع ، وقد روى شريح عن ابن أبي مليكة عن ابن عمر مرفوعاً مثله ، ولا يصح حديث شريح .

ورواه ابن حبان في كتاب «الضعفاء» وأعله بعمران بن أبي الفضل ، وقال : إنه يروي الموضوعات عن الأثبات ، لا يحل كتب حديثه ، قوله : قبيلة بقبيلة – قال الكاكي : أي وليس بعض القبائل من قريش أولى من بعضهم ، وقال الزبير بن بكار : العرب ست طبقات : شعب ، وقبيلة ، وعمارة ، وبطن ، وفخذ ، وفصيلة .

فالشعب يجمع العمارة ، والعمارة تجمع البطن ، والبطن تجمع الأفخاذ ، والأفخاذ تجمع الفصائل ، فمضر شعب ، وربيعة شعب ، ومدلج شعب ، وحمير شعب وسميش شعب . والقبائل تتشعب فكنانة قبيلة ، وقريش عمارة وقصي بطن ، وهاشم فخذ ، والعباس فصيلة .

وقال تاج الشريعة : العرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة لا اعتبار لفضل بعض القبائل على بعض في حق الكفاءة إلا بنو باهلة ؛ فإنهم ليسوا بكفء لغيرهم من العرب لخساستهم

---

(١) ضعيف جدًا : رواه البيهقي (٧/ ١٣٤) ، بلفظ : **« قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن ببطن ، والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ، والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل »** . وفيه شجاع بن الوليد وهو متكلم فيه ، وفيه مبهمون ، وفيه ابن جريج ، وقد عنعنه ، وهو مدلس ، وعزاه الزيلعي لأبي يعلى ، وذكر إسناده . وأعله ابن حبان بعمران بن أبي الفضل وقال : إنه يروي الموضوعات عن الأثبات . وروى نحوه ابن عدي وأعله بعلي بن عروة ، وقال : إنه منكر الحديث . وروى جزءًا منه البزار . وقال : إنه منقطع فإن خالد بن معدان لم يسمع من معاذ ، وزاد ابن القطان : وسليمان بن أبي الجون لم أجد له ذكرًا . ذكره الزيلعي .

رجل برجل» . ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا . وعن محمد -رحمه الله- كذلك إلا أن يكون نسبًا مشهوراً كأهل بيت الخلافة ، كأنه قال: تعظيماً للخلافة ، وتسكيناً للفتنة ، وبنو باهلة ليسوا بأكفاء لعامة العرب ؛

ودناءتهم . حكي أنهم كانوا يستخرجون النقي من عظام الموتى ويأكلون . قلت : النقي بكسر النون ، وسكون القاف مخ العظم وشحم العين من الشمس ، والجمع النقا .

قوله : -والموالي أكفاء لبعض قال الكاكي : الموالي أي غير العرب ، وسموا الموالي لأنهم نصروا العرب ، وسمي الناصر مولى قال الله تعالى **﴿وأن الكافرين لا مولى لهم﴾** (محمد : الآية ١١) أي لا ناصر لهم .

ولأن قلاعهم فتحت على أيدي العرب وكانوا بسبيل من استرقاقهم ، فكأنهم كانوا عبيدهم ، ثم عتقوا بالمن عليهم ، فكانوا موالي العرب ، وقال تاج الشريعة : الموالي يعني العجم ، سموا بها ، لأن بلادهم فتحت عنوة على أيدي العرب ، ثم ذكر مثل الذي ذكرنا الآن . وقال الأكمل : الموالي العتق ، لما كانت غير عرب في الأكثر غلبت إلى العجم حين قال الموالي : أكفاء بعضها لبعض .

قوله : م : **(رجل برجل)** ش : إشارة إلى أن السبب لا يعتبر فيهم ، قال القفال وأبو عاصم من أصحاب الشافعي : فإنهم ضيعوا أنسابهم ، فلا يكون التفاخر بينهم بالنسب ، بل بالدين ، كما أشار إليه سلمان الفارسي حين افتخرت الصحابة بالأنساب ، وانتهى الأمر إليه ، فقيل : سلمان ممن ؟ . فقال : أبي الإسلام لا أب لي سواه ، والأصح من مذهب الشافعي اعتبار نسب العرب كالعجم ، والعجمي ليس كفؤاً لعربية ، والعربي غير القرشي غير كفء لقرشية .

م : **(ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش)** ش : يعني النسب ، لأنهم ضيعوا أنسابهم ، ولا يفتخرون بالأنساب ، وإنما افتخارهم بالإسلام والجزية فيصير ذلك فيما بينهم م : **(لما روينا)** ش: وهو قوله ﷺ : **« قريش بعضهم أكفاء لبعض »** .

م : **(وعن محمد كذلك إلا أن يكون نسباً مشهوراً)** ش : في الحرية م : **(كأهل بيت الخلافة)** ش : فحينئذ يعتبر التفاضل ، حتى لو تزوجت قرشية من أولاد الخلفاء قرشيًا من أولادهم كان للأولياء الاعتراض .

م : **(كأنه قال)** ش : هذا كلام المصنف ، أي كأن محمداً قال ذلك م : **(تعظيمًا للخلافة وتسكينًا للفتنة)** ش : لانعدام أصل الكفاءة ، وفي «خزانة الأكمل» : وقريش بعضهم أكفاء لبعض ، إلا من كان من بيت الشرف كالخلافة .

م : **(وبنو باهلة ليسوا بأكفاء لعامة العرب)** ش : الباهلة : قبيلة من قيس بن غيلان ، وهو في

لأنهم معروفون بالخساسة. وأما الموالي فمن كـان له أبوان في الإسلام فصاعداً فهو من الأكفاء، يعني لمن له آباء فيه.ومن أسلم بنفسـه، أو له أب واحد في الإسلام لا يكون كفؤاً لمن له أبوان في الإسلام لأن تمام النسب بـالأب والجد .وأبو يوسف -رحمـه الله- ألحق الواحد بالمثنى ،كـما هو مذهبه في التـعريف. ومن أسلم بنفسه لا يكون كـفؤاً لمن له أب واحد في الإسلام ؛ لأن التـفاخر فيما بين الموالي بالإسلام ،

الأصل اسم امرأة من همدان ، والتأنيث للقبيلة سواء كان في الأصل اسم رجل أو اسم امرأة وهم معروفون بالدناءة ، وهو معنى قوله:

م : (**لأنهم معروفـون بالخساسة**) ش : أي بالدناءة، والخسيس الدنيء، والخسيسة والخساسة الحالة التي يكون عليها الخسيس ، ومن خساستهم أنهم كانوا يأكلون بقية العظام [. . .] ، وكانوا يطبخون عظام الموتى ، فيأخذون الدسومات منها ، قال قائلهم: ولا ينفع الأصل من هاشم إذا كانت النفس من باهلة ، ومن دناءتهم أنهم كـان لهم صنم من عجوة ، فوقع الغلاء فيهم فأكلوه ، وكانت العرب يعيرونهم ويقولون: بنو باهلة أكلوا آلهتهم .

م : (**وأما الموالي فمن كان له أبوان في الإسلام فصاعداً**) ش : نصب على الحال من أبوان أي[. . .] إلى حالة الصعود على اثنين . م : (**فهو من الأكفاء يعني لمن له آباء فيه**) ش : وفسر قوله : م : (**آباء فيه**) ش : أي في الإسلام ، حاصله من كان له أبوان في الإسلام فله نسب صحيح يكون كفؤًا لمن له عشيرة أباً أو أكثر .

م : (**ومن أسلم بنفسه أو له أب واحد في الإسلام لا يكون كفؤًا لمن له أبوان في الإسلام، لأن تمام النسبة بالأب والجد. وأبو يوسف ألحق الواحد بالمثنى**) ش : يعني من كان له أب واحد في الإسلام يكون كفؤًا لمن له أبوان فيه .

وفي «المبسوط» : وعن أبي يوسف الأكفاء بالأب ، والصحيح ظاهر الرواية ، والمذكور في الكتاب رواية عنه م : (**كما هو مذهبه**) ش : أي مذهب أبي يوسف م : (**في التعريف**) ش : أي في تعريف الشخص في الشهادة ، كان الشهود إذا ذكروا اسم الغائب واسم أبيه يحصل به التعريف عند أبي يوسف .

ولا حاجة إلى ذكر الجد ، وبه قال بعض أصحاب الشافعي ، وعنده لا بد من ذكر الجد ، وقال السروجي : هذا إذا كان الولد صغيرًا ، لا يشاركه أحد في اسمه ، أما إذا كان هناك من يشاركه في اسمه واسم أبيه وجده لا يكتفى بذلك حتى يذكر ما يميزه عنه .

م : (**ومن أسلم بنفسه لا يكون كفؤًا لمن له أب واحد في الإسلام**) ش : وبه قال الشافعي م : (**لأن التفاخر فيما بين الموالي بالإسلام**) ش : نقل صاحب «النهاية» عن الإمام المحبوبي أن هذا في الموالي . فأما في العرب فإن من لا أب له في الإسلام من العرب وهو مسلم فهو كفء لمن له أب

والكفاءة في الحرية نظيرها في الإسلام في جميع ما ذكرنا ؛ لأن الرق أثر للكفر ، وفيه معنى الذل، فيعتبر في معنى الكفاءة . قال : وتعتبر أيضاً في الدين أي الديانة ، وهذا قول وأبي حنيفة أبي يوسف -رحمهما الله- ، وهو الصحيح ، لأنه من أعلى المفاخر ،

في الإسلام ؛ لأن العرب يتفاخرون بالنسب ، فيعدون بالنسب كفؤًا لنسب آخر إذا كانا مسلمين، وأما العجم فقد ضيعوا أنسابهم وتفاخرهم بالإسلام ، فمن كان له أهل في الإسلام يفتخر على من لا أهل له في الإسلام ولا يعد كفؤًا له .

م : (**والكفاءة في الحرية نظيرها في الإسلام في جميع ما ذكرنا**) ش : من الوفاق والخلاف ، يعني الكفاءة في الحرية معتبرة بإجماع الفقهاء ، حتى لا يكون العبد كفؤًا لحرية الأصل، وكذا المعتق لا يكون كفؤًا لحرية أصلية . والمعتق لا يكون كفؤًا لمن له أبوان في الحرية م : (**لأن الرق أثر للكفر ، وفيه معنى الذل ، فيعتبر فيه معنى الكفاءة**) ش : وعن أبي يوسف : أن الذي أسلم بنفسه أو أعتق أو حرز من الفضائل ما يقابل نسب الآخر كان كفؤًا له .

م : (**قال**) ش : أي قال محمد في «الجامع الصغير» : م : (**وتعتبر أيضًا**) ش : أي تعتبر الكفاءة أيضًا م : (**في الدين**) ش : وفسره بقوله : م : (**أي في الديانة**) ش : وهو التقوى والصلاح والحسب وهو مكارم الأخلاق . وإنما فسره بهذا لأن مطلق الدين في الإسلام ، ولا كلام لأجل أن إسلام الزوج شرطه جواز نكاح المسلمة ، إنما الكلام في حق الاعتراض للأولياء بعد إنفاذ العقد وذلك لا يكون إلا في الدين بمعنى الديانة م : (**وهذا**) ش : أي اعتبار الكفاءة في الديانة م : (**قول أبي حنيفة وأبي يوسف**) ش : وبه قال الشافعي ومالك ، فإن مالكًا يعتبر الكفاءة في الدين وحده . ونقل هكذا عن الشافعي وأحمد في رواية : لا يعتبر إلا في الدين والنسب ، والأصح عن أحمد مثل مذهب الشافعي، حتى لو نكحت امرأة من بنات الصالحين فاسقًا ، كان للأولياء حق الرد م : (**وهو الصحيح**) ش : احترازًا عما روي عن أبي حنيفة : أن الكفاءة في التقوى والحسب غير معتبرة ، ذكره في «المحيط» ، وعما روي عن أبي يوسف : أنها غير معتبرة في التقوى ، ومعتبرة في الحسب والنسب ومكارم الأخلاق ، كذا في «المحيط» . وذكر المحبوبي محيلاً إلى صدر الإسلام أن الحسب هو الذي له جاه وحرمة وحشمة لا يكون كفؤًا للخسيس الذي لا جاه له .

وفي «جامع قاضي خان» : الحسب كفء للنسب ، حتى إن الفقيه كفء للعلوي ؛ لأن شرف العلم فوق شرف النسب ، وكذا الفقيه الفقير كفء للغني الجاهل والعالم العجمي كفء للعربي الجاهل والعربية . وقيل : الأصح أنه لا يكون كفؤًا للعربية ؛ م : (**لأنه**) ش : أي لأن الدين م : (**من أعلى المفاخر**) ش : قال الله تعالى : ﴿ **إن أكرمكم عند الله أتقاكم** ﴾ (الحجرات : الآية١٣) .

والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه . وقال محمد -رحمه الله-: لا تعتبر؛ لأنه من أمور الآخرة فلا تبتنى أحكام الدنيا عليه إلا إذا كان يصفع ويسخر منه ، أو يخرج إلى الأسواق سكران ويلعب مع الصبيان ؛لأنه مستحق به . قال : وتعتبر في المال وهو أن يكون مالكاً للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية ،حتى إن من لا يملكهما أو لا يملك أحدهما لا يكون كفؤاً ؛ لأن المهر بدل البضع ، فلا بد من إيفائه وبالنفقة قوام الازدواج ودوامه ،

م : (**والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه**) ش : بفتح الضاد المعجمة والعين المهملة وأصله وضعة ، والهاء عوض عن الواو ، يقال في حسبه ضعة وضعة بكسر الضاد أيضًا ، ومنه الوضيع وهو الدنيء من الناس ، والمعنى : المرأة يعيرها الناس بفسق زوجها بأكثر ما تعير بزيادة نسب زوجها .

م : (**وقال محمد : لا تعتبر**) ش : أي الكفاءة في الدين م : (**لأنه**) ش : أي لأن الدين م : (**من أمور الآخرة فلا تبتنى أحكام الدنيا عليه ، إلا إذا كان يصفع**) ش : أي إلا إذا كان الزوج يصفع على صيغة المجهول .

قال الجوهري : الصفع كلمة مركبة ، والرجل صفعان ، وقال غيره : يصفع ، يضرب على قفاه م : (**أو يسخر منه**) ش :أي الزوج ، أي يستهزأ به ، ومنه المتمسخر م : (**أو يخرج**) ش : أي الزوج م : (**إلى الأسواق**) ش : حال كونه م : (**سكران ويلعب مع الصبيان ، لأنه مستحق به**) ش : أي بذلك الصنع .

وفي «المحيط» : وعليه الفتوى ، وعن أبي يوسف أنه قال : الذي يشرب المسكر ، فإن كان مسكرًا ولا يخرج سكرانًا فهو كفء ، وإن كان يعلن ذلك لم يكن كفؤًا لامرأة صالحة من أهل البيوتات ، ولم ينقل عن أبي حنيفة في ذلك شيء . والصحيح عنده أنه غير معتبر ؛ لأن هذا ليس بلازم يمكن تركه . وفي «الفتاوى الظهيرية»: لو تزوج وهو كفء ، ثم صار فاسقًا لا يفسخ النكاح ، لأن اعتبار الكفاءة وقت النكاح لا استمرارها بعد النكاح . وفي «الحاوي» ذكر شيخ الإسلام : أن الفاسق لا يكون كفؤًا للعدل عند أبي حنيفة ، وإن لم يعلن الفسق .

م : (**وتعتبر**) ش : أي الكفاءة م : (**في المال وهو**) ش : أي الاعتبار في المال م : (**أن يكون مالكًا للمهر والنفقة**) ش : يتناول الكسوة ، لأنهما مما ينفق على الزوجة م : (**وهذا**) ش : أي كونه مالكًا للمهر والنفقة م : (**هو المعتبر في ظاهر الرواية ، حتى إن من لم يملكهما**) ش : أي المهر والنفقة .

م : (**أو لا يملك أحدهما لا يكون كفؤًا لأن المهر بدل البضع ، فلا بد من إيفائه وبالنفقة قوام الازدواج ودوامه**) ش : فلا بد من ذلك ، وقيل : إن كان الرجل ذا جاه كالسلطان والعالم فهو كفء وإن لم يملك النفقة .

والمراد بالمهر قدر ما تعـارفوا تعجيله، لأن ما وراءه مؤجل عرفـاً . وعن أبي يوسف -رحمه الله- أنه اعتبر القدرة عـلى النفقة دون المهر ؛ لأنه تجري المساهلة في المهر ، ويعد المرء قـادراً عليه بيسار أبيه. فأما الكفـاءة في الغني فمعتبرة في قول أبي حنيـفة ومحمد -رحمهمـا الله- حتى إن الفائقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة ؛ لأن الناس يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر .

وفي «الذخيرة» : إن قدر على نفقتها بالتكسب ولـم يقـدر على المهر ، اختلفوا فيه ، وأكثرهم على أنه لا يكون كفؤاً ، وذكـر هشام عن أبي يوسف أنه يكون كفؤاً وكـذا روى عن محمد . وفي «جوامع الفقه» : ومن قدر على المهر والنفقة شهراً فهو كفء .

م : (**والمراد بالمهـر قدر مـا تعـارفوا تعـجيـله ، لأن ما وراءه مـؤجل عرفـا**) ش : أي من حيث العرف ، وليس بمطالب به ، فلا تسقط الكفاءة كذا في «المجتبى» .

قلت : وفي عـرف أهل خـوارزم كله يؤجل فلا يعتبر القدرة عليه بيسـار أبيـه ، لأن الآباء لا يتحملون المهور عن الأولاد دون النفقة الدارة .

م : (**وعن أبي يوسف أنه اعـتـبر القـدرة على النفـقة دون المهـر**) ش : هذا غـير ظـاهر الرواية ، وروى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف أنه قال : الكفء الذي يقدر على المهر والنفقة فإن كان يملك المهر دون النفقة قـال : ليس بكفء . قلت : فإن ملك النفقة دون المهر قـال : يكون كفؤاً ، وعن أبي حنيفة ، ومحمد ، وبعض أصحاب الشافعي مثل قول أبي يوسف .

وفي «جـامع شـمس الأئـمة» : المعتبر نفقة سنة ، وقيل نفـقـة شـهرين . وفي «المحيط» : إذا صلحت للجـماع وإلا فلا تعتبر القدرة على النـفقـة كـالصـغيرة جداً ، والصبي كفء أبيه وهو الصـحـيح . ولو كـان له ألف درهم دين وزوج امـرأة بألف فـهـو كفء لهـا في قـول أبي حنيـفـة ومحـمد ، وبه قـال بعض الشافعية في الأظهر . م : (**لأنه تجـري المسـاهلة في المهـور**) ش : أي لأن اليسار يجري التسهيل والتأجيل في المهر م : (**ويعد المرء قـادراً عليه**) ش : أي على المهر م : (**بيسار أبيه**) ش : ولا يعد قادراً على النفقة بيسار الأب ، وفي «الذخيرة» : إذا كان يجد نفقتها ، ولا يجد نفقة نفسه فهو كفء ، وفي «منية المفتي» من لـم يملك النفقة فلا يكون كفؤاً موسرة كانت المرأة أو فقيرة م:(**وأما الكفاءة في الغني فمعتبرة عند أبي حنيفة ومحمد**) ش : وفي أكثر النسخ ، وفي قول أبي حنيفة ومحمد ، وبه قال بعض الشافعية م : (**حتى إن الفائقة**) ش : أي المرأة الفائقة .

م : (**في اليسار لا يكافئهـا القادر على المهر والنفقة لأن الناس يتفاخرون بالغنى ويتـعيرون بالفقر**) ش : وهذا القـول مذكـور عنهمـا في غير رواية الأصل ، وفي كـتـاب «النكاح» : لا يشـتـرط إلا القدرة على المهر والنفقة .

وقال الإمـام السرخسي في «مبسوطه» وصاحب «الذخيرة» : ، والأصح أن ذلك لا يعتبر ؛

وقال أبو يوسف -رحمه الله-: لا يعتبر ؛ لأنه لا ثبات له إذ المال غاد ورائح ، ويتبر في الصنائع ، وهذا عند أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- .وعن أبي حنيفة في ذلك روايتان وعن أبي يوسف أنه لا يعتبر في النكاح إلا أن يفحش كالحجام والحائك والدباغ والكناس ،

لأن كثرة المال مذمومة في الأصل ، قال ﷺ : « **هلك المكثرون إلا من قال بملكه هكذا وهكذا** » أي تصدق به [1] .

م : (**وقال أبو يوسف : لا يعتبر ؛ لأنه لا ثبات له**) ش : أي لأن الغني لا ثبات له م : (**إذ المال غاد ورائح**) ش : أي لأن المال لا يستمر في يد شخص ؛ لأنه يروح ويأتي ، وكم من شخص يمسي غنيًا ؛ ويصبح فقيراً ، و بالعكس .

م : (**وتعتبر**) ش : أي الكفاءة م : (**في الصنائع**) ش : أي الحرف م : (**وهذا**) ش : أي اعتبار الكفاءة م : (**عند أبي يوسف ومحمد**) ش : هكذا في أكثر النسخ ، وهكذا أورد شيخ الإسلام خواهر زاده ذكر فخر الإسلام أن هذا قول أبي حنيفة ومحمد ، وبه قال السغناقي ، والشافعي، حتى لا يكون الحجام والكناس والدباغ كفؤًا للبزاز والعطار ، أما العطار فهو كفء للبزاز .

م : (**وعن أبي حنيفة في ذلك**) ش : أي في اعتبار الكفاءة في الصنائع م : (**روايتان**) ش : أظهرهما أنه لا يعتبر حتى لا يكون العطاركفؤًا للعطار ، وهو رواية عن محمد ، وعنه في رواية : الموالي بعضهم أكفاء بعض إلا الحائك والحجام .

م : (**وعن أبي يوسف أنه**) ش : ش : أي الكفء م : (**لا يعتبر في النكاح إلا أن يفحش كالحجام والحائك والدباغ والكناس**) ش : وفي «الغاية» : الكناس، والحجام ، والدباغ ، والحارس ، والسايس ، والراعي ، ويقيم أي البلان في الحمار ليس كفؤًا لبنت الخياط ولا الخياط لبنت البزاز والتاجر ولا هما لبنت العالم والقاضي، [و] الحائك ليس بكفء لبنت الدهقان وإن كانت فقيرة. وقيل : هو كفء ، وأما الكفاءة في العقل ، وقد قال في «المحيط» و«المبسوط» : لا رواية فيها عن المتقدمين من أصحابنا ، ثم قيل : تعتبر ، فلا يكون المجنون كفؤًا للعاقلة ، لأن الجنون يفوت مقاصد النكاح ، فهذا أشد من الفقر ، ودناءة الحرفة ، وقيل : لا تعتبر ، لأن الجنون بمنزلة

---

(١) حسن بمجموع طرقه وشواهده : رواه أحمد في جزء من حديث (٢/ ٥٢٥) ، عن عمار بن رزيق عن أبي إسحاق عن كميل بن زياد عن أبي هريرة . . . مرفوعًا . فإسحاق إن كان السبيعي فعنعنته تضر ، وإن كان الشيباني فلا ضرر .

وقال الهيثمي في« المجمع» (٣/ ١٢٠) : رواه أحمد وفيه عطية بن سعيد وفيه كلام وقد وثق . وهو من حديث أبي سعيد . وأورده من حديث عبد الرحمن بن أبزى ، وقال : رواه الطبراني في الكبير وفيه عمران بن سليمان ، قال فيه الأزدي : يعرف وينكر . وله شواهد ذكرها الهيثمي في «الزهد» .

وجه الاعتبار أن الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويـتعيرون بدناءتها. وجه القول الآخر أن الحرفة ليست بلازمة ، ويمكن التحـول عن الخسيسة إلى النفيسـة منها . قال: وإذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها فللأولياء الاعتراض عليها عند أبي حنيـفة -رحمه الله- حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقـها ، وقـالا: ليس لهم ذلك ، وهذا الوضع إنما يصح على قـول محـمد -رحمـه الله- على اعتبار قوله المرجوع إليه في النكاح بغير الولي، وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه .

المرض ، وسائر الأمراض لا تثبت الكفاءة ، وكذا الجنون .

وفي «المرغيناني» : لا يكون المجنون كفؤًا للعاقلة ، وعند بقية الأئمة هو من العيوب التي يفسخ النكاح بها . وفي «المحيط» وغيره : وهنا جنس خامس أخس من الكل ، وهو الذي يخدم الظلمة أي يدعى : شاكردا .

قلت : وفي مصر جنس سادس أخس من كل جنس ، وهم الطائفة الذين يسمون السرابانية وأنهم ينظفون الحيض وبيوت الخلاء ، وينظفون أوساخ الناس .

م : (**وجه الاعتبار**) ش : أي اعتبار الكفاءة في الصنائع م : (**أن الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها**) ش : أي دناءة الحرف ، قال عليه السلام : « **الناس أكفاء إلا الحائك والحجام** » ، كذا ذكره الكاكي ، والله أعلم بصحته .

م : (**وجه القول الآخر**) ش : وهو عدم الاعتبار م : (**أن الحرفة ليست بلازمة**) ش : لا تنفك من الرجل م : (**ويمكن التحول عن الخسيسة**) ش : أي عن الحرفة الخسيسة م : (**إلى النفيسة**) ش : أي إلى الحرفة الشريفة م : (**منهـا**) ش : أي من الحرف بخلاف النسب ؛ لأنه صفة لازمة ، والفقر كذلك لا يفارقه عادة .

م : (**قال: وإذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها**) ش : أي بما لا يتغابن الناس في مثله م: (**فللأولياء الاعتراض عليها -عند أبي حنيفة-، حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها**) ش : ولا تكون الفرقة طلاقًا ؛ لأنها ما وقعت من قبل الزوج ، ولا يكون لها المهر إن كانت الفرقة قبل الدخول وبعده لها المسمى .

م : (**وقالا: ليس لهم ذلك**) ش : أي الاعتراض م : (**وهذا الوضع**) ش : أي وضع القدوري -رحمه الله- هذه المسألة على هذا الوجه م : (**إنما يصح على قول محمد ، على اعتبار قوله المرجوع إليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك**) ش : أي الرجوع م : (**وهذه**) ش : أي المسألة م : (**شهادة صادقة عليه**) ش : أي على رجوع محمد إلى قولهما في النكاح بغير ولي ، فإنه لو لم يصح نكاحها بغير الولي لم يقل : ليس لهم الاعتراض .

وقال الأكمل : أقول : هذا إنما يستقيم إن لم يعين هذا الوضع في النكاح بغير ولي وليس

لهما أن ما زاد على العشرة حقها ، ومن أسقط حقه لا يعترض عليه ،كما بعد التسمية .ولأبي حنيفة -رحمه الله- أن الأولياء يفتخرون بغلاء المهور ويتعيرون بنقصانها فأشبه الكفاءة، بخلاف الإبراء بعد التسمية ؛ لأنه لا يتعير به . وإذا زوج الأب ابنته الصغيرة ونقص من مهرها أو ابنه الصغير ، وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما ، ولا يجوز ذلك لغير الأب والجد ، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله- ، وقالا: لا يجوز الحط والزيادة إلا بما يتغابن الناس فيه ، ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد عندهما .

كذلك ، فإنه لو أذن لها الولي بالزواج ولم يسم مهراً فقدت على هذا الوجه صح وضع المسألة على قول محمد الأول، وكذلك لو أكره السلطان امرأة ووليها على تزويجها بمهر قليل ففعل ، ثم زال الإكراه ورضيت المرأة دون الولي ليس له ذلك في قول محمد الأول ، فلم يكن هذا في هذا الموضع دلالة على رجوع محمد إلى قولهما، انتهى.

قلت: هذا كله خلاصة ما قاله صاحب«النهاية» وغيره ، وقال صاحب «الأسرار»: تأويل المسألة فيما إذا أكرهت المرأة والولي على أن يزوجها بأقل من مهر مثلها، ثم زال الإكراه ورضيت، ويأبى الولي ، فليس له ذلك عندهما، ثم قال: أو طلبت من الولي التزويج بأقل من مهر مثلها لم يجبر الولي .

م : (**لهما**) ش : أي لأبي يوسف ومحمد م : (**أن ما زاد على العشرة حقها**) ش : لأنها تملك إسقاطه وإثباته م : (**ومن أسقط حقه لا يعترض عليه كما بعد التسمية**) ش : يعني لو أبرأت بعد تسمية المهر لا يكون للولي الاعتراض ، لأنه بدل بضعها ، فلها التصرف فيه كيف شاءت.

م : (**ولأبي حنيفة أن الأولياء يفتخرون بغلاء المهور ويتعيرون بنقصانها فأشبه الكفاءة**) ش : أي في التعيير، فلم الاعتراض؟ م : (**بخلاف الإبراء بعد التسمية**) ش : جواب عن قولهما : بعد التسمية م : (**لأنه لا يتعير به**) ش : لأنه إبراء وهبة، وهذا من باب المروءة، فليس لهم اعتراض، وعند الشافعي ومالك وأحمد : لا يتصور الخلاف في هذه المسألة لانتفاء جواز النكاح بدون الولي عندهم .

م : (**وإذا زوج الأب ابنته الصغيرة ونقص من مهرها أو ابنه الصغير**) ش : أي زوج ابنه الصغير م: (**وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما**) ش : أي جاز النقصان على الصغيرة ، والزيادة على الصغير عليهما ، أي على الصغير والصغيرة م : (**ولا يجوز ذلك لغير الأب والجد، وهذا**) ش : أي جواز الزيادة والنقصان م : (**عند أبي حنيفة**) ش : وبه قال مالك وأحمد في الأب.

م : (**وقالا : لا يجوز الحط والزيادة إلا بما يتغابن الناس فيه**) ش : وبه قال الشافعي والظاهرية، فعندهم لا يجوز إلا بمهر المثل ، وتكميل النقص يسقط الزيادة م : (**ومعنى هذا الكلام**) ش : أي كلام الصاحبين م : (**أنه لا يجوز العقد عندهما**) ش : إنما قال ذلك لأن عند بعض أصحابنا أصل

لأن الولاية مقيدة بشرط النظر ،فعند فواته يبطل العقد ، وهذا لأن الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء، كما في البيع ، ولهذا لم يملك ذلك غيرهما . ولأبي حنيفة -رحمه الله- أن الحكم يدار على دليل النظر ، وهو قرب القرابة ، وفي النكاح مقاصد تربو على المهر أما المالية هي المقصودة في التصرف المالي ،

النكاح صحيح ، ولا يجوز الحط والزيادة ، وبه قال الشافعي ، وترد إلى مهر المثل ؛ لأن المانع من قبل المسمى ، وفساده لا يمنع صحة النكاح ، كما لو كان المسمى خمرًا ؛ لأنه ذكر في الكتاب ، لا يجوز عندهما مطلقًا ، فحمله البعض على ذلك والأصح أن النكاح باطل عندهما ، كما في غير الأب والجد م : (**لأن الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته**) ش : بعد فوات النظر م : (**يبطل العقد**) ش : من الأصل ، كالمأمور بالعقد بشرط يبطل عقده إذا عدم الشرط .

م : (**وهذا**) ش : أي بطلان العقد م : (**لأن الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء ، كما في البيع**) ش : يعني إذا باع بأقل من قيمته ، وكان بحيث لا يتغابن الناس في مثله ، فإذًا لا يجوز العقد م : (**ولهذا**) ش : أي ولأجل قيد الولاية بالنظر م : (**لم يملك ذلك**) ش : أي المذكور من حط مهر المثل والزيادة عليه م : (**غيرهما**) ش : أي غير الأب والجد بالاتفاق .

م : (**ولأبي حنيفة أن الحكم يدار على دليل النظر**) ش : والنظر والضرر في هذا العقد باطنًا ، لكن النظر دليل عليه م : (**وهو قرب القرابة**) ش : الداعية إليه وهو موجود ها هنا فيترتب عليه الحكم وهو جواز النكاح م : (**وفي النكاح مقاصد**) ش : تقرير هذا الكلام أن المقصود من النفقة ليس حصول المال البتة ؛ لأن في النكاح مقاصد سوى المال الذي هو المهر م : (**تربو**) ش : أي تزيد م : (**على المهر**) ش : من الكمالات المطلوبة في الإحسان [. . .] .

والظاهر أنه قصر في الصداق لتوفير سائر المقاصد ، التي هي أنفع لها من الصداق، فإنه يدل على اشتماله على المصلحة ، فصار كالوصي إذا مانع بمال اليتيم جاز وتلك بحصول النظر ، وإن كان في الظاهر إتلاف مال اليتيم ، وكان تصرف الأب في هذا واقعًا بشرط النظر حتى إذا علم سوء الاختيار منه بخيانة أو فسق كان عنده باطلاً .

وقد روي أنه ﷺ تزوج عائشة - رضي الله تعالى عنها - على صداق خمسمائة زوجها أبو بكر - رضي الله تعالى عنه - ، وزوج فاطمة من علي - رضي الله تعالى عنهما - عن صداق أربعمائة درهم ، ومعلوم أن ذلك لم يكن صداق مثلهما ؛ لأنهما مجمع الفضائل فلا صداق في الدنيا يزيد على هذا المقدار .

م : (**أما المالية هي المقصودة في التصرف المالي**) ش : هذا جواب عن قولهما : كما في البيع ، تقريره قياسهما على البيع غير صحيح ؛ لأن المالية هي المقصودة في التصرفات المالية ، فإذا فسد لم يكن شيء في مقابلتها يجبر به خلل الغبن الفاحش ، فلهذا يثبت الاعتراض .

الدليل عدمناه في حق غيرهما . ومن زوج ابنته وهي صغيرة عبداً ، أو زوج ابنه وهو صغير أمة فهو جائز. قال - رضي الله عنه-: هذا عند أبي حنيفة -رحمه الله- أيضاً، لأن الإعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها ،وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة ،فلا يجوز، والله أعلم .

وفي «المجتبى» قيل : لا يجوز بيع الأب مال ابنه الصغير بغبن فاحش ، فلا يجوز النكاح بالطريق الأولى ، وبه قال الشافعي في الأصح وأحمد، وفي قول مثل قول أبي حنيفة لكن لها الخيار إذا بلغت ، أما لو زوج ابنه الصغير بأمة لا يجوز عند الشافعي ومالك وأحمد ؛ لعدم خوف العنت ، ولو زوج ابنه الصغير لا يثبت المهر في ذمة الأب، بل يثبت في ذمة الابن عندنا سواء كان الأب موسرًا أو معسرًا ، وبه قال الثوري والأوزاعي وأحمد .

وقال الشافعي : يثبت في ذمة الأب ، وبه قال حماد شيخ أبي حنيفة ، وقال مالك والليث : في الابن المعسر على الأب ، وهو رواية عن أحمد.

م : (**الدليل عدمناه في حق غيرهما**) ش : هذا جواب عن قولهما : فلهذا لا يملك ذلك غيرهما، وأراد بالدليل وفور الشفقة ، وتقريره أن الدليل الدال على النظر معدوم في حق غير الأب والجد ، فلذلك لا يجوز لغيرهما . وقوله : والدليل ، مرفوع على الابتداء أو خبره قوله : عدمناه ويجوز أن يكون والدليل منصوبًا بفعل مقدر يفسره الظاهر تقديره وعدمنا الدليل ، فهذا حتى لا يجتمع المفسر والمفسر .

م : (**ومن زوج ابنته وهي صغيرة عبدًا ، أو زوج ابنه وهو صغير أمة فهو جائز**) ش : الواو في وهي صغيرة للحال، وكذا الواو في قوله : وهو صغير ، وعند الشافعي ومالك وأحمد لا يجوز له تزويج ابنه الصغير أمة لعدمية خوف العنت على أصلهم ،فلا تتزوج المعيبة على المذهب، ويجوز له تزويج من لا يكافئه في الخصال على الأصح ، ذكره في «المنهاج» وفيه : لو زوجها السلطان من غير كفء وليس لها ولي لم يصح في الأصح .

م : (**قال**) ش : المصنف - رحمه الله - : م : (**وهذا عند أبي حنيفة**) ش : أي الجواز عند أبي حنيفة م : (**أيضًا ، لأن الإعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها**) ش : أي لمصلحة تفوق نفعها ، وقدره الأب بفوات الكفاءة فلا اعتراض حينئذ في ذلك م : (**وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز**) ش : والتعليل من الجانبين نظير التعليل من المسألة السابقة فافهم .

* * *

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها

ويجوز لابن العم أن يزوج بنت عمه من نفسه ، وقال زفر رحمه الله-: لا يجوز .وإذا أذنت المرأة للرجل أن يزوجها من نفسه ،فعقد بحضـرة شاهدين جاز ، وقال زفر والشافعي: -رحمها الله- : لا يجوز . لهمـا أن الواحد لا يتصور أن يكون مملكاً ومـتملكاً ،كما في البـيع ،إلا أن الشافعي - رحمه الله- يقول : في الولي ضرورة ؛ لأنه لا يتولاه سواه، ولا ضرورة في الوكيل.

م : **(فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها)**

ش : أي : هذا فصل في بيان حكم الوكالة بالنكاح وغيرها ، أي غير الوكالة كنكاح الفضولي والولي ، لأن هذا الفصل يشتمل على أحكام الوكيل والفضولي والولي ، ولو كانت الوكالة فرعًا من الولاية من حيث إن تصرف الوكيل ينفذ على الموكل كتصرف الولي على المولى عليه ، ناسب ذكرها في باب الأولياء في فصل على حدة .

م : (**ويجوز لابن العم أن يـزوج بنت عمه من نفـسه**) ش : أي بنت عمه الصغيرة بغير إذنها ، والبالغة بإذنها صورته أن يقول : اشهـدوا أني زوجت بنت عمي فلانة بنت فلان بن فلان من نفسي ، وبه قـال مـالك ، والشـافـعي ، وأحـمـد ، والثـوري ، وأبو ثور ، والظاهرية . وقـال السروجي : وإليه ذهب الحسن البصري ومحمد بن سيرين ، وإسحاق ، واختاره أبو بكر بن المنذر م : (**وقال زفر : لا يجوز**) ش : وبه قال الشافعي .

م : (**وإذا أذنت المرأة للرجل أن يزوجـها من نفسه، فعـقد بحـضرة شـاهدين جاز**) ش : أي ذلك عندنا م : (**وقال زفر والشـافعي : لا يجوز**) ش : وقال أحمد : يرد أمرها إلى غيره ليزوجها ، وقال قتادة وابن العذري : يزوجها منه ابن عم هو أبعد منه ، وهكذا الخلاف في الوكيل إذا زوجها من نفسه ، وقال الشافعي : لا يجوز ذلك أي إلا في أحد الوجهين .

م : (**لهـما**) ش : أي لزفر ، والشافعي ، إنما جمع بين دليل زفر والشافعي لاشتراكهما في معنى وهو م : (**أن الواحـد لا يتصـور أن يكون مملكًا ومـتملكًا**) ش : بشيء واحـد في زمن واحـد م:(**كما في البيع**) ش : يعني يوكل المشتري البائع بأن يبيع سلعة من نفسه ، لا تصح هذه الوكالة ، ولا هذا البيع ، أو وكل زيد رجلاً مثلاً بشراء شيء بعينه ، ووكل صاحب العين ذلك الرجل أيضًا بأن يبيعه من زيد لا يجوز ، كما أن الواحد يصير مملكًا ومتملكًا .

م : (**إلا أن الشافعي يقول**) ش : أشار بالاستثناء إلى أن دليل الشافعي وزفر وإن كان مشتركًا في المعنى المذكور ولكنه استثنى الولي ؛ لأن مذهبه فيه كمذهبنا حيث يقول : م : (**فـي الولـي ضـرورة، لأنه لا يتولاه سـواه**) ش : أي لأن العقـد لا يتولاه سوى الولي ؛ لأن عبـارة النساء غير صحيحة عنده م : (**ولا ضـرورة في الوكـيل**) ش : ولأن في تقييد العقد بعبارة الولي ضرورة ولا

ولنا أن الوكيل في النكاح معبر وسفير ، والتمانع في الحقوق دون التعبير ، ولا ترجع الحقوق إليه بخلاف البيع ؛ لأنه مباشر حتى رجعت الحقوق إليه .وإذا تولى طرفيه فقوله :زوجت يتضمن الشطرين ، فلا يحتاج إلى القبول . قال :وتزويج العبد والأمة بغير إذن مولاهما موقوف ، فإن أجاز المولى جاز ، وإن رده بطل ، وكذلك لو زوج رجل امرأة بغير رضاها ، أو رجلاً بغير رضاه ، وهذا عندنا ، فإن كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز

ضرورة في الوكيل ، لأن أكثر ما في الباب أن يأمر غيره من أحد الجانبين صورة قائمًا مقامه ، وهو الولي من الجانبين شرعًا ، فيملك مباشرة العقد .

م : (**ولنا أن الوكيل في النكاح معبر وسفير**) ش : والواحد يجوز أن يكون معبراً عن اثنين ، والسفير في اللغة : المصلح بين القوم ، كذا في «الديوان» .

وقال ابن دريد في «كتاب الجمهرة » : السفير بين القوم الماشي بينهم في الصلح م:(**والتمانع**) ش :أي النافي م : (**في الحقوق**) ش : وهو كونه مطالبًا ومطالبًا ومسلمًا ومسلمًا ، ومخاصمًا ومخاصمًا م : (**دون التعبير**) ش : أي الولي يصلح أن يكون معبراً بين اثنين كما ذكرنا ، فإن العبارة ينعقد إليهما ، فيصير العقد بين شخصين ، فلا يؤدي إلى أحكام مضادة م : (**ولا ترجع الحقوق إليه**) ش : أي إلى الوكيل ، لأنه معبر لا مباشر م : (**بخلاف البيع ، لأنه**) ش : أي لأن الوكيل في البيع م : (**مباشر حتى رجعت الحقوق إليه**) ش : أي حقوق عقد البيع من مطالبة الثمن وتسليم المبيع ، والقيام بالعهدة وغيرها ، كل ذلك يرجع إلى الوكيل في البيع .

م : (**وإذا تولى طرفيه**) ش : أي إذا تولى طرفي العقد م : (**فقوله : زوجت يتضمن الشطرين**) ش : أي قول الوكيل : زوجت فلانة من فلان يقوم مقام شطري العقد ، وهما الإيجاب والقبول ولا يحتاج إلى القبول ؛ لأن الواحد قام مقام اثنين ، قامت عبارته الواحدة أيضًا مقام عبارتين م:(**فلا يحتاج إلى القبول**) ش : .

م : (**قال**) ش : أي قال القدوري في «مختصره» : م : (**وتزويج العبد والأمة بغير إذن مولاهما موقوف . فإن أجاز المولى جاز، وإن رده بطل، وكذلك**) ش : أي كذلك موقوف م : (**لو زوج رجل امرأة بغير رضاها أو رجلاً**) ش : أي أو زوج رجل رجلاً م : (**بغير رضاه وهذا عندنا**) ش : أي كون العقد موقوفًا على الإجازة مذهب أصحابنا م : (**فإن كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز**) ش :أي للعقد مجيز رأي قابل يقبل الإيجاب ، سواء كان فضوليًا آخر أو وكيلاً وأصيلاً حالة الوقوع كالبيع والنكاح والإجارة ونحوها ، وإنما قيد بقوله : وله مجيز لأنه إذا لم يكن له مجيز كما إذا زوج الفضولي يتيمة يتوقف العقد .

فإن قلت: السلطان مجيز ، وكذا القاضي فينبغي أن يتوقف العقد .

انعقد موقوفاً على الإجازة . وقال الشافعي -رحمه الله- : تصرفات الفضولي كلها باطلة ؛لأن العقد وضع لحكمة ، والفضولي لا يقدر على إثبات الحكم فتلغو . ولنا أن ركن التصرف صدر من أهله مضافاً إلى محله ،ولا ضرر في انعقاده ،فينعقد موقوفاً ، حتى إذا رأى المصلحة فيه ينفذه، وقد يتراخى حكم العقد عن العقد .

قلت: يمكن فرض المسألة في موضع لا سلطان فيه ، ولا قاضي كدار الحرب مثلاً، ومن تصور تزويج عبد المكاتب حيث لا يتوقف بل يبطل لعدم المجيز ، لأن النكاح عيب وليس بكسب، ولا يجوز إجازة المكاتب، وكذا إجازة المولى ، لأنه أجنبي عن كسب المكاتب .

م : (**انعقد موقوفًا على الإجازة**) ش : وبه قال مالك وأحمد في رواية ، وقال أبو عمر في «التمهيد» : لم يختلف قول مالك وأصحابه في العبد يتزوج بغير إذن سيده ، إذ السيد بالخيار إن شاء أجازه ، وإن شاء فسخه .

وقال يحيى بن سعيد الأنصاري : الأمر عندنا بالمدينة على هذا . وقال إسماعيل القاضي : وهو قول سعيد بن المسيب ،والحسن البصري، والشعبي ،والحكم ، وجعل مالك التفرقة طلاقًا، وأجازوا توقف البيع على إجازة مالك ، وأجمعوا على توقيف الوصية على قبول الموصي له .

م : (**وقال الشافعي : تصرفات الفضولي كلها باطلة**) ش : وبه قال أحمد في رواية م : (**لأن العقد وضع لحكمة**) ش : بناء على المقاصد الأصلية هو الحكم م : (**والفضولي لا يقدر على إثبات الحكم فتلغو**) ش : وإلا لجاز للناس تمليك أموال الناس للناس ، وفيه من الفساد ما لا يخفى، وإذا كان لا يقدر كان كلامه لغواً .

م : (**ولنا أن ركن التصرف**) ش : وهو الإيجاب والقبول م : (**صدر من أهله**) ش : وهو العاقل البالغ حال كونه م : (**مضافًا إلى محله**) ش : وهو الأنثى من بنات آدم ، ليست بمحرم ، ولا معتدة، ولا مشركة، ولا زائدة على العدد المنصوص م : (**ولا ضرر في انعقاده**) ش : أي في انعقاد التصرف لكونه غير لازم م : (**فينعقد موقوفًا**) ش : كيلا يلحق الضرر بالغائب م : (**حتى إذا رأى المصلحة فيه ينفذه**) ش : وإلا أبطله .

م : (**وقد يتراخى حكم العقد عن العقد**) ش : وهو جواب عن قول الشافعي : لأن العقد قد وضع لحكمة ، هذا قول بالموجب ، يعني سلمنا ذلك، لكن الحكم هنا لم يعدم ، بل أخر إلى الإجازة ، والحكم قد يتراخى عن العقد كالبيع بشرط الخيار ، فإن لزومه متراخ إلى سقوط الخيار، ثم أبعد إذا سمها ، ثم أجاز المولى النكاح يلزمه مهر المثل بالدخول، ومهر آخر بالإجازة قياسًا، لأن الدخول في النكاح الموقوف كالدخول في النكاح الفاسد .

وفي الاستحسان يلزمه مهر واحد؛ لأن مهر المثل إنما يلزمه بالعقد، فلولاه للزم الحد، والمسمى أيضًا يلزم بحكمة العقد ، فلو لزم المهران للزم في العقد الواحد مهران، وذا لا

ومن قال : اشهدوا أني قد تزوجت فلانة ، فبلغها الخبر فأجازت فهو باطل ، وإن قال آخر : اشهدوا أني زوجتها منه فبلغها الخبر فأجازت جاز ، وكذلك إن كانت المرأة هي التي قالت جميع ذلك ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- . وقال أبو يوسف -رحمه الله- : إذا زوجت نفسها غائباً فبلغه فأجازه جاز. وحاصل هذا أن الواحد لا يصلح فضولياً من الجانبين ،أو فضولياً من جانب وأصيلاً من جانب عندهما ، خلافاً له ،

يجوز ، وفي «النهاية» عقد الوكيل عند غيبة الموكل إنما تصح إذا عرفه باسمه ونسبه ، والتعاريف زوجها من نفسه بأمرها ، وقال : اشهدوا أن فلانة وكلتني أن أزوجها من نفسي ، ولم ينسبها ولم يعرفها الشهود ينفذ فيما بينه وبين الله تعالى .

وفي «النوازل» : إن لم ينسبها ولم يعرفها الشهود لا يجوز النكاح ، لأن الغائب إنما يعرف بالتسمية ، ألا ترى أنه لو قال : تزوجته امرأة قد وكلتني لا يجوز ، وفي «شرح القاضي» : لو كانت منقبة لا يعرفها ، ولا يعرفها الشهود ، فعن الحسن وبشر لا يجوز ما لم ترفع نقابها ويراها الشهود ، ذكره الإمام التمرتاشي .

م : (**ومن قال : اشهدوا أني قد تزوجت فلانة ، فبلغها الخبر فأجازت**) ش : أي أجازت المرأة ما قاله الرجل في غيبتها م : (**فهو باطل**) ش : عند أبي حنيفة ومحمد خلافًا لأبي يوسف م : (**وإن قال آخر**) ش : أي وإن قال فضولي آخر في هذه المسألة م : (**اشهدوا أني قد زوجتها منه**) ش : أي قد تزوجت فلانة التي قال الرجل اشهدوا أني قد زوجتها منه م : (**فبلغها الخبر**) ش : أي المرأة م :(**فأجازت جاز**) ش : أي العقد ، والفرق بين المسألتين أن الأولى لا مجيز لها فبطل ولا يتوقف ، والثانية لها مجيز فيتوقف لما مر أن شرط التوقف وجود المجيز .

م : (**وكذلك**) ش : أي وكذلك يجوز م : (**إن كانت المرأة هي التي قالت في جميع ذلك**) ش : يعني إذا قالت المرأة في جميع ذلك : اشهدوا أني قد تزوجت فلانًا ، وخاطب عنه واحدًا في المجلس ، فقال زوجته : إياك ، فبلغه الخبر فأجاز فهو جائز لوجود المجيز م : (**وهذا عند أبي حنيفة ومحمد**) ش : أي جميع ما ذكر قول أبي حنيفة ومحمد .

م : (**وقال أبو يوسف : إذا زوجت نفسها غائبًا فبلغه الخبر**) ش : أي بلغ الغائب تزوجها نفسها إياه م : (**فأجازه**) ش : أي فأجاز الغائب ذلك م : (**جاز**) ش : أي العقد ، وتجويز أبي يوسف المسألة في هذه الصور كلها .

م : (**وحاصل هذا**) ش : أي حاصل ما ذكر من الصور م : (**أن الواحد لا يصلح فضوليًا من الجانبين، أو فضوليًا من جانب وأصيلاً من جانب عندهما**) ش : أي عند أبي حنيفة ومحمد م : (**خلافًا له**) ش : أي لأبي يوسف -رحمه الله تعالى- .

ولو جرى العقد بين الفضوليين ،أو بين الفضولي والأصيل جاز بالإجماع . هو يقول : لو كان مأموراً من الجانبين ينفذ ، فإذا كان فضولياً يتوقف وصار كالخلع ، والطلاق ، والإعتاق على مال . ولهما أن الموجود شطر العقد، لأنه شطر حالة الحضرة فكذا عند الغيبة ، وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس، كما في البيع ، بخلاف المأمور من الجانبين ،لأنه ينتقل كلامه إلى العاقدين وما جرى بين الفضوليين عقد تام ، وكذا الخلع واختار ؛ لأنه تصرف يمين

وأجمع أصحابنا أن الواحد يصلح وكيلاً من جانب، أصيلاً من جانب ، وكيلاً من الجانبين ، ووليًا من جانب أصيلاً من جانب ووكيلاً من الجانبين ، ووليًا من جانب أصيلاً من جانب، ووليًا من جانب وكيلاً من جانب في النكاح ، وهل يصلح فضوليًا من الجانبين وفضوليًا من جانب، ووليًا من جانب، أو فضوليًا من جانب ووكيلاً، أو فضوليًا من جانب أصيلاً من جانب، حتى يتوقف العقد على الإجازة ، فعند أبي حنيفة ومحمد : لا يصلح ولا يتوقف ، وعند أبي يوسف : يصلح ويتوقف ، أما كون الواحد أصيلاً من الجانبين فهو محال .

م : (**ولو جرى العقد بين الفضوليين ، أو بين الفضولي والأصيل جاز بالإجماع**) ش : هاتان صورتان لا خلاف فيهما ، وهما ظاهرتان م : (**هو**) ش : أي أبي يوسف م : (**يقول : لو كان**) ش : أي الفضولي م : (**مأمورًا من الجانبين ينفذ، فذا كان فضوليًا**) ش : يعني بغير أمر م : (**يتوقف**) ش : لأن كلام الواحد عقد تام في النكاح ، باعتبار الإذن ابتداء ، فكذا باعتبار الإجازة انتهاء؛ لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة م : (**وصار كالخلع**) ش : فإن الزوج إذا قال : خالعت امرأتي على كذا وهي غائبة، فبلغها الخبر ، فقبلت في مجلس علمها جاز بالاتفاق م : (**والطلاق**) ش : أي كالطلاق على مال م : (**والإعتاق**) ش : أي كالإعتاق م : (**على مال**) ش : يرجع إلى الطلاق والعتاق جميعًا كما فسرناه .

م : (**ولهما**) ش : أي لأبي حنيفة ومحمد م : (**أن الموجود شطر العقد**) ش : أي نصفه م : (**لأنه شطر**) ش : أي لأن الموجود منه شطر م : (**حالة الحضرة**) ش : أي حالة كونه حاضرًا حتى ملك الرجوع قبل قبول الآخر ، ويبطل بالقيام قبل قبول الآخر ، ولو كان عقدًا تامًا لبطل .

م : (**وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس ،كما في البيع**) ش : كما إذا قال الرجل : بعت عبدي من فلان ولم يقبل عن المشتري أحدًا ، وقال : اشتريت عبد فلان ولم يقبل عن البائع أحدًا، وقال : بعت فلان ولم يقبل عنهما أحدًا، فلما لم يتوقف لم ينفذ بالإجازة اللاحقة بعد المجلس م:(**بخلاف المأمور من الجانبين ،لأنه ينتقل كلامه إلى العاقدين**) ش : فيصير كالكلامين م : (**وما جرى بين الفضوليين عقد تام**) ش : لوجود الإيجاب والقبول ، إلا أنه لا ينفذ في الحال ، بل يتوقف على إجازة المعقود له كيلا يلحق الغرر .

م : (**وكذا الخلع ، واختار**) ش : أي الطلاق على مال ،والإعتاق عليه م : (**لأنه تصرف يمين**

من جانبه حتى يلزم فيتم به . ومن أمر رجلاً أن يزوجه امرأة فزوجه اثنتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما ،لأنه لا وجه إلى تنفيذهما للمخالفة ، ولا إلى التنفيذ في إحداهما غير عين للجهالة ،ولا إلى التعيين ، لعدم الأولية فتعين التفريق . ومن أمره أمير أن يزوجه امرأة فزوجه أمة لغيره

من جانبه) **ش** : ولهذا كان لازمًا لا يقبل الرجوع وهو معنى قوله : م : (**حتى يلزم فيتم به**) **ش** : أي بالحالف ؛ لأن اليمين لا يتم إلا بالحلف فكان عقداً تامًا ، وإنما كان من جانبه ؛ لأن الخلع من جانبها معاوضة على ما سيجيء إن شاء الله تعالى ، وإنما قال : تصرف يمين ؛ لأنه كان قال : إن قبلت ألف درهم فهي طالق، وإن قبل له فهو حر ، والقبول شرط وقوع الطلاق ، والعتاق، لا شرط العقد .

م : (**ومن أمر رجلاً أن يزوجه امرأة فزوجه اثنتين في عقدة واحدة لم تلزمه**) **ش** : أي الأمر م:(**واحدة منهما**) **ش** : أي من الثنتين م : (**لأنه لا وجه إلى تنفيذهما**) **ش** : أي تنفيذ العقد في الثنتين م : (**للمخالفة، ولا إلى التنفيذ**) **ش** : أي تنفيذ العقد م : (**في إحداهما**) **ش** : حال كونه م : (**غير عين**) **ش** : أي غير معينة م : (**للجهالة**) **ش** : ؛ لأن النكاح في المجهولة يكون معلقًا بشرط البيان ، ولا يجوز تعليق ملك النكاح بالأخطاء م : (**ولا إلى التعيين**) **ش** : أي لا وجه أيضًا إلى تعيين واحدة منهما م : (**لعدم الأولية**) **ش** : لأن إحداهما ليست بأولى من الأخرى ، فإن كان الأمر كذلك م : (**فتعين التفريق**) **ش** : وفي المسألة قيود :

الأول : أنه أمره بأن يزوجه امرأة فزوجه امرأتين، فلو أمره أن يزوجه امرأتين في عقدة واحدة فزوجه واحدة جاز ، إلا إذا قال : لا تزوجني إلا امرأتين في عقدة فحينئذ لا يجوز .

والثاني : أنه أمره أن يزوجه امرأة ولم يعينها، فلو عينها ،فزوجه أخرى معها يلزمه المعينة .

والثالث : أن الوكيل زوجه اثنتين في عقدة واحدة ، لأنه لو زوجه في عقدتين لزمه الأولى ، ونكاح الثانية موقوف على الإجازة ، لأنه فضولي عنه .

والرابع : قال : لم يلزمه واحدة منهما : وأبو يوسف يقول : أولاً لا يصح أحدهما بغير عينها منكوحة ، كما لو طلق إحدى امرأتيه ثلاثًا .

قال شمس الأئمة السرخسي : وهذا ضعيف ، لأنه ليس كالطلاق لاحتمالهما التعليق بالشرط دون النكاح ، وما لا يحتمل التعليق بالشرط لم يثبت في المجهول ؛ لأنه تعلق بالبيان بخلاف الطلاق .

م : (**ومن أمره أمير أن يزوجه امرأة**) **ش** : قيد بالأمير وحكم غيره كذلك، وقال الإمام المحبوبي : وعلى هذه الخلاف إذا لم يكن أميرًا م : (**فزوجه**) **ش** : الوكيل م : (**أمة لغيره**) **ش** : أو

جاز عند أبي حنيفة -رحمه الله- رجوعاً إلى إطلاق اللفظ ،وعدم التهمة ، وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله- : لا يجوز ، إلا أن يزوجه كفؤاً ؛لأن المطلق ينصرف إلى المتعارف ،وهو التزوج بالأكفاء . قلنا : العرف مشترك

حرة عمياء أو مقطوعة اليدين، قال الكاكي : أو مفلوجة ،أو مجنونة فعلى هذا كان قيد الأمير اتفاقًا، وقيل: قيد به ، لأن الكفاءة في جانب النساء لا الرجال مستحسنة في الوكالة عندهما، أما لو زوجه صغيرة لا تشتهى يجوز بالإجماع ،لأنه عليه السلام تزوج عائشة - رضي الله تعالى عنها - وهي بنت ست سنين ، انتهى .

قلت: الظاهر أن ذكره بالأمير موافقة للفظ محمد - رحمه الله - ؛ لأن المسألة في مسائل «الجامع الصغير» روى محمد ،عن يعقوب، عن أبي حنيفة في أمير من أمراء قريش أمرني أن أزوجه امرأة فزوجته أمة لغيره قال : جاز .

وقال الأترازي : إنما وضع المسألة أبو حنيفة في نفسه واضعًا ،حيث جعل نفسه مأمورًا ، ولا يتفاوت الحكم بين أن يكون الموكل أميرًا ، أو غير أمير ، قرشيًا أو غير قرشي بعد أن يكون حرًا، فزوجه أمة لغيره إنما قيد بقوله : أمة لغيره ، إذ لو زوجه أمة نفسه لا يجوز بالإجماع لمكان التهمة ، ذكره في «جامع قاضي خان» .

م : (**جاز عند أبي حنيفة**) ش : أي جاز التزويج فلا يرد م : (**رجوعًا إلى إطلاق اللفظ**) ش : لأن لفظ امرأة مطلق، يقع على الحرة والأمة جميعًا م : (**وعدم التهمة**) ش : أي رجوعًا إلى عدم التهمة؛ لأن الأمة ليست للوكيل فلا يتهم .

م : (**وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز إلا أن يزوجه كفؤًا**) ش : وبه قال الشافعي ومالك وأحمد، أما عندهم فلطول الحرة، وأما عندهما فلصرف الإطلاق إلى التعارف ،كنقد البلد، والمتعارف تزويج الكفء ، وهو معنى قوله : م : (**لأن المطلق ينصرف إلى المتعارف، وهو التزويج بالأكفاء**) ش : وفي «قاضي خان » : دلت المسألة على أن الكفاءة في جانب النساء معتبرة عندهما أيضًا.

وفي «المحيط» : الكفاءة في جانب النساء غير معتبرة عند أبي حنيفة ، وبه قال الشافعي، وأحمد ، وعندهما معتبرة استحسانًا ، وقيل : غير معتبرة عندهما بلا خلاف، وإنما لا يجوز في غير الكفء في هذه الصورة باعتبار المتعارف ، لا باعتبار الكفاءة، وجب أن لا يجوز عندهما قياسًا واستحسانًا ، وعند الشافعي : زوجه الوكيل بامرأة مجهولة لا يصح في قول، ويصح في قول ، وينصرف إلى المتعارف .

م : (**قلنا : العرف مشترك**) ش : يعني كما هو مستعمل فيما قلتم مستعمل عندنا ، فإن

أو هو عرف عـملي ،فلا يصلح مـقيداً . وذكـر في الوكالة أن اعتـبار الكفـاءة في هذا استحـسان عندهمـا ، لأن كل أحـد لا يعـجـز عن التـزوج بمطلق الزوج ، فكانت الاسـتـعـانة في التـزوج بالكفء، والله أعلم .

الأشراف كما يتزوجون الحرائر يتزوجون الإماء للتسهيل م : (**أو هو عـرف عـملي) ش** : أي من حيث العمل والاستعمال ، لا من حيث اللفظ ، وبيانه أن العرف على نوعين : لفظي نحو الدابة يعتبر لفظًا بالفرس ، ونحو المال بين العرب بالإبل ، وعرف عملي أي من حيث إن عمل الناس ، كذا كل سهم الجديد يوم العيد وأمثاله م : (**فلا يصلح مقيدًا) ش** : أي للإطلاق ، لأن إطلاق اللفظ عرف لفظي ، والتقييد يقابله ، ومن شرط التقابل اتحاد المحل الذي يرد عليه .

م : (وذكر) ش : أي محمد م : (في) : ش :كتاب م : **(الوكالة)** ش : في الأصل م : **(أن اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما)** ش : أي أن اعتبار الكفاءة في النساء للرجال استحسان عند أبي يوسف ومحمد ، وأما اعتبار الكفاءة في الرجال لا النساء فهو بالاتفاق م : (**لأن كل أحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج ، فكانت الاستعانة في التزوج بالكفء)** ش : أي بحسب الظاهر ، فيتقيد به .

فروع : قال في «الخلاصة» : أمره أن يزوجه امرأة ، فزوجه صبية ، أما عندهما فلا يجوز إذا كانت لا يجامع مثلها ، كما لو زوجه رتقاء ،أو قرناء ، هذا قول الكل . ولو أمره أن يزوجه سوداء فـزوجه بيـضـاء أو العكس لا يجـوز ، ولو أمره أن يزوجـه عـميـاء فزوجـه بصـيـرة يجـوز ، وفي «المنتقى» : أمره أن يزوجه أمة فزوجه حرة لا يجوز ، وإن زوجه مكاتبة أو مدبرة أو أم ولد جاز ، ولو أمره أن يزوجـه نكاحًا فاسدًا فـزوجه امرأة نكاحًا صـحيحًا لا يجوز ، بخلاف الوكيل بالبيع الفاسد إذا باع بيعًا صحيحًا جاز ، والفرق أن الوكيل بالبيع الفاسد وكيل بالبيع ؛ لأن البيع الفاسد بيع ؛ لأنه يفيد الملك ، فإن باع بيعًا جائزًا فقد خالف إلى خير يجوز .

وأما الوكيل بنكاح فاسد فليس بوكيل للنكاح ؛ لأن النكاح الفاسد ليس بنكاح ، لأنه لا يقيد الملك ، ولهذا لا يجوز طلاقها ولا ظهارها ، فإذا لم يصر وكيلاً لم ينفذ تصرفها عليه ، كذا ذكره الولوالجي في «فتاواه» .

وفي «الإيضاح» : الفضولي إن فسخ النكاح قبل الإجازة جاز في قول أبي يوسف الآخر ، وفي قوله الأول : لا يجوز وهو قول محمد ، وفي «النوازل» : بعث قومًا إلى رجل يخطب ابنته ، فقـال : زوجت ، فـقبل رجل منهم ، قيل : لم يجز ؛ لأن الكل خـاطب ، والخاطب لا يصلح شاهدًا ، وقيل : يجوز وعليه الفتوى .

* * *

باب المهر

قال : ويصح النكاح وإن لم يسم فيه مهراً ،

م : (باب المهر)

ش : أي هذا باب في بيان المهر ، لما ذكر ركن النكاح وشرائطه شرع في بيان حكمه وهو وجوب المهر ، إذ وجوبه حكمة النكاح ، قال الأكمل : المهر المال ، وقال الكاكي : المهر الصداق ، وهو اسم لمال يسمى في عقد النكاح .

وقال الكاكي : وللمهر سبعة أسماء في القرآن :

أحدها : الصداق .

والثاني : النحلة . قال الله تعالى : ﴿ **وآتوا النساء صدقاتهن نحلة** ﴾ (النساء : الآية٤) .

والثالث : الأجر ، قال الله تعالى : ﴿ **وآتوهن أجورهن** ﴾ (النساء : الآية ٢٥) .

والرابع: الفريضة : قال الله تعالى : ﴿ **وقد فرضتم لهن فريضة** ﴾ (البقرة : الآية٢٣٧) .

والخامس : المهر ، قال عليه السلام : « **فإن لمسها فلها المهر ، بما استحل** » [١] .

السادس : العليقة ، قال عليه السلام : « **أدوا العلائق** » ، قيل : يا رسول الله- ﷺ - وما العلائق؟ قال : « **ما تراضى الأهلون** » [٢] .

السابع : العقر قال عليه السلام : « **عقر نسائها** » انتهى . **قلت** : لم يذكر في القرآن إلا أربعة من الأسامي ، والثلاثة من الحديث ، وقال السروجي : لها أسماء تسعة ، وقد ذكرها مثل ما ذكرها الكاكي : وزاد الصدقة ، والحبا ، والحديث الذي فيه العلائق رواه الدارقطني . ويقال : أصدقها ، ولا يقال : أمهرها ، هكذا ذكره ابن قدامة ، وفي «المغني» وفي «الصحاح» : أمهرها ومهرها ، وفي «المغرب» : مهر المرأة أي أعطاها المهر ، وأمهرها إذا سمى لها مهرًا ، أو تزوجها به .

م : (**قال : ويصح النكاح وإن لم يسم فيه مهرًا**) ش : قد ذكرت غير مرة أن هذه الواو في قوله - ويصح - للاستفتاح ، كذا سمعت من الأستاذين الكبار ، وفي أكثر النسخ قال : -أي القدوري- ويصح النكاح ، وصحة النكاح بدون تسمية المهر إجماعًا ، وإنما الخلاف هل يجب مهر مثل أو لا يجب شيء ؟ على ما يأتي في المفوضة ، وخلو النكاح عن تسميته ، لا يمنع صحته كما إذا تزوجها

---

(١) صحيح : قلت: قد تقدم من حديث عائشة بلفظ : « **فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها** » وهو صحيح .

(٢) رواه الدارقطني في «النكاح» ص٣٩١ ، وعزاه الزيلعي للطبراني ، عن محمد بن عبد الرحمن البيلماني ، عن أبيه ، عن ابن عمر . . . مرفوعًا . قال ابن القطان : قال البخاري : محمد بن عبد الرحمن البيلماني منكر الحديث . وروواه أبو داود في «المراسيل» عن عبد الرحمن البيلماني . . . مرسلاً نحوه، قال ابن القطان : ومع إرساله فيه عبد الرحمن البيلماني أبو محمد : **لم تثبت عدالته وهو ظاهر الضعف** . اهـ . أفاده الزيلعي.

لأن النكاح عقد انضمام وازدواج لغة ، فيتم بالزوجين ، ثم المهر واجب شرعاً، إبانة لشرف المحل، فلا يحتاج إلى ذكره لصحة النكاح ، وكذا إذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها لما بينا ، وفيه خلاف مالك - رحمه الله- وأقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي -رحمه الله- : ما يجوز أن يكون ثمناً في البيع يجوز أن يكون مهراً لها ؛

ولم يسم لها مهرًا ، أو تزوجها على أن لا مهر لها ، أو تزوجها على ما ليس بمال كالميتة والدم ، وهما مسلمان فالنكاح جائز ، ولها مهر مثل نسائها م : (**لأن النكاح عقد انضمام ،وازدواج لغة، فيتم بالزوجين**) ش : ويصح بلا تسمية المهر ، قال عز وجل : ﴿ **فانكحوا** ﴾ فلو شرطنا التسمية فيه لزدنا على النص .

م : (**ثم المهر واجب شرعًا**) ش : هذا جواب عما يقال : المهر واجب شرعًا ، فكيف يصح النكاح مع السكوت ؟ فأجاب بقوله : المهر واجب شرعًا ، يعني وجوبه ليس لصحة النكاح ، وإنما وجب م : (**إبانة**) ش : أي إظهارًا م : (**لشرف المحل ، فلا يحتاج إلى ذكره لصحة النكاح**) .

فإن قيل : هذه دعوى فلا بد من دليل .

أجيب : دل عليه قوله تعالى : ﴿ **لا جناح عليكم إذا طلقتم النساء** ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿**فمتعوهن** ﴾ (البقرة : الآية ٢٣٦) ، حكم بصحة الطلاق مع عدم التسمية ، ولا يكون الطلاق إلا في النكاح الصحيح ، فعلم أن ترك ذكره لا يمنع صحة النكاح . م : (**وكذا**) ش : أي وكذا يصح النكاح م : (**إذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها لما بينا**) ش : أن النكاح عقد انضمام فيتم بالتزويج م : (**وفيه**) ش : أي وفيما إذا تزوجها أن لا مهر لها م : (**خلاف مالك**) ش : يعني أنه لا يجوز ؛ لأنه عقد معاوضة ، فيفتقر إلى ذكر المال ، كالبيع إلى ذكر الثمن ، ونفيه يفسد البيع ، فنفي المهر ينبغي أن يفسد النكاح ، قلنا : البيع مبادلة المال بالمال شرعًا ولغة تمليك شيء بشيء فيقتضي ذكر الثمن ، والمهر ليس بعوض أصلي ، كما ذكر في الكتاب من قوله : إن النكاح عقد انضمام إلى آخره .

م : (**وأقل المهر عشرة دراهم**) ش : أو قيمة عشرة ، وقال محمد : وزن عشرة تبرًا إن كان قيمته أقل من عشرة مضروبة ، بخلاف السرقة ، فإن السرقة لا تقطع فيها ، وقال مالك : أقله بقدر ربع دينار أو ثلاثة دراهم . وقال ابن شبرمة : أقله خمسة دراهم . وقال إبراهيم النخعي : أقله أربعون درهمًا ، وعندهما وعنده عشرون درهمًا ، وقال سعيد بن جبير : أقله خمسون درهمًا ، وكل منهم مذهبه في نصاب السرقة الذي يقطع في اليد لذلك .

م : (**وقال الشافعي : ما يجوز أن يكون ثمنًا في البيع**) ش : يعني م : (**يجوز أن يكون مهرًا**) ش : في النكاح ، وبه قال أحمد ، وأبو ثور ، وإسحاق ، وفقهاء المدينة ، وهو مذهب الثوري أيضًا .

وقال ابن حزم : ما جاز أن يكون بالهبة ، أو بالميراث جاز أن يكون صداقًا حل بيعه ، أو لم

لأنه حقها فيكون التقدير إليها . ولنا قوله عليه السلام : «لا مهر أقل من عشرة »،

يحل كالماء والكلب والسنور والثمرة التي لم يبد صلاحها ، والسنبل قبل أن يشتد حبه أو حبة حنطة ، أو حبة شعير ، وقال ابن حزم أيضًا : وقول مالك لا نعرفه عن أحد من أهل العلم قبله ، وقد خالف فيه أئمة المدينة ، والفقهاء الذين لا يخرج عن قولهم ، وقال أبو عمر بن عبد البر : تقدمه إلى هذا أبو حنيفة - رضي الله تعالى عنه- فقاس الصداق على اليد عنده ، فإنها لا تقطع إلا في ربع دينار أو عشرة دراهم . قلت : تقطع في ربع دينار عنده ، ولا يكون صداقًا حتى لو تزوجها على دينار قيمته أقل من عشرة دراهم يكمل عشرة دراهم عند علمائنا الثلاثة ، ونقله عنه سهو وغلط .

م : (**لأنه حقها**) ش : أي لأن المهر حق المرأة م : (**فيكون التقدير**) ش : أي تقدير المهر م:(**إليها**) ش : ولهذا يملك التصرف فيه استيفاء وإسقاطًا كالبيع والإجارة والكفالة .

م : (**ولنا قوله عليه السلام**) ش : أي قول النبي ﷺ م : (**لا مهر أقل من عشرة دراهم**)[1] ش: هذا الحديث رواه جابر رضي الله عنه ، فقد مر الكلام عليه مستوفى في الكفالة . ورواه الدارقطني ، والبيهقي رواه في «سننه» من طرق ، وضعفه ، لكن الحديث إذا روي من طرق مفرداتها ضعيفة يصير حسنًا ، ويحتج به ، ذكره النووي في «شرح المهذب» ، وقال الأترازي : ولما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « **لا مهر أقل من عشرة دراهم**»، وروى أبو بكر الرازي ، هذا الحديث في «شرح الطحاوي» إشارة إلى جابر -رضي الله عنه- عن النبي ﷺ ، انتهى .

قلت : لم يذكر الإسناد حتى ينظر فيه ، والظاهر أنه بالإسناد الذي رواه الدارقطني ، وقد مر الكلام فيه ، وقال الكاكي : وحديث ابن عمر -رضي الله تعالى عنهما- «ولا مهر أقل من عشرة دراهم » ، وهكذا رواه ابن عمر ، وابن شعيب ، عن أبيه عن جده ، وهو مذهب علي ، وابن عمر ، وعائشة ، وعامر ، وإبراهيم ، انتهى .

قلت : الخصم لا يرضى بهذا المقدار الذي ذكره على ما لا يخفى ، وأما قوله : وهو مذهب علي -رضي الله عنه- ، فقد رواه الدارقطني ، ثم البيهقي في « سننيهما» عن داود الأودي عن الشعبي عن علي -رضي الله عنه- قال : لا تقطع اليد في أقل من عشرة دراهم ، ولا يكون المهر أقل من عشرة دراهم .

---

(١) رواه الدارقطني في جزء من حديث « النكاح» ص ٣٩٢ عن مبشر بن عبيد ، عن الحجاج بن أرطاة ، عن عطاء وعمرو بن دينار ، عن جابر مرفوعًا وإسناده واه جدًا . وقد مر الكلام على رجاله .

وأخرجه الدارقطني (٣/ ٢٤٥) ، عن داود الأودي ، عن الشعبي ، عن علي . . . موقوفًا . وفيه داود الأودي وهو ضعيف فضلاً عن الانقطاع بين الشعبي وعلي . وأخرجه أيضًا عن جويبر ، عن الضحاك ، عن النزال بن سبرة ، عن علي وجويبر هذا ضعيف .

ولأنه حق الشرع وجوباً إظهاراً لشرف المحل ، فيقدر بما له خطر ، وهو العشرة، استدلالاً بنصاب السرقة

قال ابن الجوزي في «التحقيق» : قال ابن حبان : داود الأودي ضعيف ، كان يقول بالرجعة ، والشعبي لم يسمع من علي ، وأخرجه الدارقطني أيضًا في «الحدود» ، عن جويبر عن الضحاك ، عن النزال بن سبرة عن علي ، فذكره وجويبر أيضًا ضعيف .

م : (**ولأنه**) ش : أي ولأن المهر م : (**حق الشرع وجوبًا**) ش : أي من حيث وجوبه م :(**إظهاراً لشرف المحل**) ش : أي لأجل إظهار شرف المحل ، وخطره صيانة عن شبهة البدل م : (**فيقدر بما له خطر وهو العشرة**) ش : أي عشرة دراهم م : (**استدلالاً بنصاب السرقة**) ش : لأنه لا يتلف به عضو محترم ، فلا يتلف به منافع البضع كان أولى .

فإن قلت : هذا استدلال ضعيف ، فإن مالكًا والشافعي ينكرانه ؛ فإن نصابهما عندهما ثلاثة دراهم أو ربع دينار . **قلت** : يمنع هذا لأن المدعى [أي] المهر مقدر خلافًا للشافعي استدلالاً بنصاب السرقة ، فإنه مقدر بالإجماع ، فكذا المهر بالقياس عليه لوجود الجامع ، أما التقدير بالعشرة فبنصاب السرقة ، فلما رواه أبو داود في «سننه» من حديث عطاء ، عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه ، قال : قطع رسول الله ﷺ رجلاً في مجن قيمته ديناراً أو عشرة دراهم [1] .

فإن قلت : من أين قلت : إن المهر حق الشرع من حيث الوجوب ؟ **قلت** : لقوله عز وجل : ﴿قد علمنا ما فرضنا﴾ (الأحزاب : الآية ٥٠) ، وكل مال تولى بيان مقدارها ، كالزكاة وغيرها أوجبه الشرع ، والتقدير مجهول ، وخبر الواحد يبين ذلك ، فلا يجوز أقل مما قدره .

فإن قلت : ما تقول في حديث عبد الرحمن بن عوف -رضي الله تعالى عنه- ، رواه الجماعة أنه لما جاء إلى النبي ﷺ وبه أثر صفرة ، فأخبره أنه تزوج فقال ﷺ : «**كم سقت إليها ؟** » قال : زنة نواة من ذهب ، **فقال** ﷺ :«**أولم ولو بشاة** ». وفي «التمهيد» رواه مالك في الموطأ عن حميد الطويل ، عن أنس بن مالك -رضي الله تعالى عنه- فقد أجازه رسول الله ﷺ ، وقيل : مما حده أبو حنيفة -رضي الله تعالى عنه- أن النواة خمسة دراهم . وعن أحمد : أن النواة ثلاثة دراهم وثلث . **قلت** : قال عياض : لا يصح لهم ذلك ؛ لأنه قال : من ذهب وذلك يزيد على دينارين ، وفي «الاستذكار» : أكثر أهل العلم أن وزنها خمسة دراهم ، فظاهر هذا أنه تزوج بأكثر من ثلاثة مثاقيل من الذهب .

فإن قلت : روى البيهقي ، عن حجاج ، عن قتادة ، عن أنس قال : قومت- يعني النواة- ثلاثة

---

(١) رواه أبو داود [٤٣٨٧] عن ابن نمير ، عن محمد بن إسحاق ، عن أيوب بن موسى ، عن عطاء ، عن ابن عباس . ثم قال : رواه محمد بن مسلمة وسعدان بن يحيى ، عن ابن إسحاق بإسناده . وفيه محمد بن إسحاق وهو مدلس ، وقد عنعنه .

....

دراهم وثلث درهم . قلت : حجاج هوابن أرطاة وهو ضعيف ، وقتادة مدلس ، وقد عنعن ، ولهذا قال أحمد : هذا حديث لا تقوم به الحجة .

فإن قلت : ما تقول في حديث جابر رواه أبو داود قال : قال رسول الله ﷺ **«من أعطى في صداق امرأة ، على كفيه سويقًا أو تمرًا فقد استحل»** [1] . **قلت** : في إسناده موسى بن مسلم ، وهو ضعيف ، قال القدوري : وقال الأزدي : وهو ضعيف ، رواه أبو داود موقوفًا .

فإن قيل : ذلك في المتعة يدل على أن جابرًا نفسه قال : كنا نسمع بالقبضة من الطعام على معنى المتعة ، على عهد رسول الله ﷺ ، وأخرجه مسلم في «صحيحه» من حديث ابن جريج ، عن أبي الزبير ، قال : سمعت جابرًا يقول : كنا نسمع بالقبضة من التمر والدقيق [. . .] على عهده ﷺ . **قلت** : هذا منسوخ ، وكان ذلك للضرورة ، والفقر في أول الإسلام .

قال ابن الجوزي : فإن قلت : قال البيهقي : هذا وإن كان منسوخًا ، لأنه في نكاح المتعة ، فإنما نسخ منه شرط الآجل ، فأما ما يجعلونه صداقًا فإنه لم ينسخ ، **قلت** : فساد قوله هذا ظاهر ، فإن الإجماع على نسخ أحكام المتعة ، ودعوى إخراج بعضها من النسخ دعوى باطلة .

وقال السروجي : ويدل على بطلان قوله هذا وإثبات نقيضه ، أفسده أن الذي نسخ من أحكام نكاح المتعة إنما هو شرط الأجل ، وإن كان باقي أحكامه ثابت في النكاح المشروع المؤيد به ، ينبغي أن لا يثبت بهذا النكاح نسب ولا يجري فيه التوارث ، إذ هذه الأحكام لنكاح المتعة وهي باقية في هذه الأنكحة ، ولم ينسخ إلا شرط الأجل كما زعم ، وذلك مخالف لإجماع المسلمين .

وقيل في الجواب عن الحديث المذكور أنه روي عن جابر خلاف هذا ، ونص مع ضعف كل واحد منهما ، فلا يكون هذا دليل على دعواهم ، وقيل : لو ثبت كان محمولاً على الحل ، والله أعلم .

فإن قلت : روى البخاري ومسلم عن سهل بن سعيد -رضي الله تعالى عنه- قال : جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت : يا رسول الله ﷺ جئت أهب لك نفسي . الحديث بطوله ، وفيه : فقام رجل من أصحابه فقال : يا رسول الله ﷺ إن لم يكن لك بها حاجة فزوجنيها ، قال : **«هل معك شيء»**؟ قال : لا والله يا رسول الله ، قال : **«انظر ولو خاتمًا من حديد»** . . . الحديث .

---

(1) رواه أبو داود [٢١١٠] عن إسحاق بن جبريل البغدادي : ثنا يزيد ، ثنا مسلم بن رومان ، عن أبي الزبير ، عن جابر . . . مرفوعًا . قال أبو داود : ورواه عبد الرحمن بن مهدي ، عن صالح بن رومان ، عن أبي الزبير عن جابر موقوفًا . وقال عبد الحق : لا يعول على من أسنده . قال الذهبي في «الميزان» : إسحاق هذا لا يعرف ، وضعفه الأزدي ، ومسلم بن رومان يقال : إن اسمه صالح ، وهو مجهول . اهـ .

وفيه قال : «ما معك من القرآن » ، قال : سورة كذا وكذا ، عددها ، فقال : «تقرأهن عن ظهر قلبك» ، قال : نعم ، قال : « اذهب فقد زوجتكها بما معك من القرآن» ، وهذا من جملة ما استدل به الشافعي ومن يقول بقوله . قلت : أجاب الأترازي عن هذا بقوله : هذا خبر الواحد ، وقد عارض نص الكتاب ، فلا يحتج به .

قلت : هذا لا نجد كما ينبغي ، بل الجواب الظاهر ما قاله ابن الجوزي أن ذلك كان للضرورة والفقر في أول الإسلام ، وأظهر من ذلك ما قاله أصحابنا أنه ليس فيه دلالة على أنه جعل القرآن مهرًا ، ولهذا لم يشترط أن يعلمها ، وإنما معناه ببركة ما معك من القرآن ولأجل أنك من أهل القرآن ، كتزوج على إسلامه ، وهو لا يصلح صداقًا للبضع . وفي «التمهيد» قال مالك : ولأبي حنيفة ، وأصحابه ها هنا والليث لا يكون القرآن [. . .] بمال ، فلأن التعليم في العلم والتعلم مختلف لا يكاد ينضبط ، فأشبه المجهول ، والسكوت عن المهر لا يبطل النكاح ، لأنه معلوم لا بد منه .

فإن قلت : الاستدلال بالآية ضعيف ، لأن الأموال ذكرت بلفظ الجمع في مقابلة الجمع ، وذلك يقتضي انقسام الآحاد على الآحاد فعلى هذا يكون المراد تبعًا لكل واحد بماله ، لا بأمواله ، والمال يقع على القليل والكثير .

قلت : قال الأترازي : لا نسلم انقسام الآحاد على الآحاد ، إذا ذكر الجمع بمقابلة الجمع ، ولئن سلمنا ، لكن لا نسلم أن المال تبع على القليل الذي هو غاية في القلة عرفًا ، وهذا لأن المال ما يجري فيه البدل والإباحة ، والشح ، والصفة ، فلا يطلق عليه اسم المال عرفًا كالفلس والجوز ولا بد من التقدير بما له خطر ، فتعينت العشرة بالحديث أو بالقياس . انتهى . قلت : أراد بالحديث حديث جابر المذكور ، وبالقياس القياس على نصاب السرقة وقد مر الكلام فيه عن قريب .

فإن قلت : روي في حديث ابن مسعود قال : قال رسول الله ﷺ : « من ينكح هذه ؟ » فقام رجل عليه بردة عاقدها في عنقه ، فقال : أنا يا رسول الله ﷺ فقال : « ألك مال ؟» قال: لا، قال : « أتقرأ شيئًا من القرآن؟ » قال : نعم سورة البقرة والمفصل ، قال : « انكحها على أن تقرئها وتعلمها وإذا رزقك الله عوضها » فتزوجها الرجل على ذلك[1] انتهى .

وقد قلت : لم يشترط أن يعلمها ، وهذا قد اشترط إقراءه إياها وتعلمه كذلك . قلت : قال الدارقطني : تفرد به عتبة بن السكن وهو متروك ، وقوله : -عوضها- يدل على أنه لا بد من المهر ، وإنما أخره إلى وقت حصوله ، وتأخيره لا يبطل النكاح .

(١) رواه الدارقطني (٣/ ٢٤٩) ، ثم قال : تفرد به عتبة وهو متروك .

....

فإن قلت : روى أبو هريرة قال له رسول الله ﷺ : « **ما تحفظ من القرآن ؟**» قال : سورة البقرة والتي تليها ، قال : « **قم فعلمها عشرين آية وهي امرأتك** »[(١)] قال عبد الحق : من رواية عسل بن سفيان : ضعفه يحيى بن معين وأحمد ، وقال أبو حاتم : منكر الحديث ، وقال أبو عمر في كتاب «التمهيد» : ودعوى التعليم بما معك من القرآن دعوى باطلة ، لا تصح ، وأكثر أهل العلم لا يجيزون ما قاله الشافعي .

وقال أبو الفرج في «التحقيق» عن أبي اليمان الأزدي قال : زوج رسول الله ﷺ امرأة من رجل على سورة من القرآن ، لا يكون لأحد بعدك مهراً ، وفي «مصنف» ابن أبي شيبة عن شعبة قال : سألت حماداً عن رجل وهب ابنته من رجل ، فقال : كل منهما لا يجوز إلا بصداق .

فإن قلت : روى الترمذي وابن ماجة ، عن عاصم ، عن عبد الله قال : سمعت عبد الله بن عامر بن ربيعة عن أبيه أن رسول الله ﷺ أجاز نكاح امرأة على نعلين [(٢)] وقال : حديث حسن .

قلت : قال ابن الجوزي في « التحقيق » : عاصم بن عبد الله بن معين ضعيف لا يحتج به ، وقال ابن حبان : كان فاحش الخطأ فترك .

فرع : يجوز الدخول بها قبل أن يعطيها شيئًا من صداقها سواء كانت مفوضة أو مسمى لها ، وبه قال سعيد بن المسيب ، والحسن ، والنخعي ، والثوري ، والشافعي ، وأحمد وعامة أهل العلم .

وروي عن ابن عمر ، وابن عباس ، والزهري ، وقتادة ومالك أنه لا يدخل بها حتى يعطيها شيئًا ، قال الزهري : مضت السنة عليه ، واستدلوا بمنعه عليه السلام عليًا -رضي الله تعالى عنه- من الدخول على فاطمة -رضي الله تعالى عنها- حتى يعطيها شيئًا فأعطاها درعه الحطمية[(٣)] .

---

(١) رواه البيهقي (٧/ ٢٤٢) عن الحجاج بن الحجاج الباهلي ، عن عسل بن سفيان ، عن عطاء بن أبي رباح ، عن أبي هريرة . . . مرفوعًا . ورواه عن شعبة ، عن عسل ، عن عطاء . . . مرسلاً .

قلت: والاضطراب فيه من عسل بن سفيان فإنه ضعيف .

(٢) رواه المنذري في «باب ما جاء في مهور النساء » [١١٢٥] ، ابن ماجة في «باب صداق النساء » [١٨٨٨] ، عن عاصم بن عبيد الله ، عن عبد الله بن عامر بن ربيعة ، عن أبيه . . . مرفوعًا ، وعاصم ابن عبيد الله ضعيف سيئ الحفظ .

(٣) رواه أبو داود [٢١٢٥] عن شعيب بن أبي مجمرة ، حدثني غيلان بن أنس ، حدثني محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان ، عن رجل من أصحاب النبي ﷺ . وفيه غيلان بن أنس قال فيه الحافظ : مقبول ، وهو حسن الحديث إن توبع وإلا فهو لين .

ولو سمى أقل من عشرة فلها العشرة عندنا . وقال زفـر -رحمه الله- : مهر المثل لأن تسمية ما لا يصلح مهراً كانعدامه . ولنا أن فساد هذه التسمية لحق الشرع ، وقد صار مقتضياً بالعشرة ، فأما ما يرجع إلى حقها فـقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها، ولا مـعتبر بعدم التسمـية لأنها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرماً ، ولا ترضى فيه بالعوض اليسير ،

ولنا حديث عقبة بن عامر ، الذي زوجه رسول الله ﷺ ولم يعطها شيئًا ، وروى ابن أبي شيبة من حديث كريب بن هشام ، وكان من أصحاب عبد الله أنه تزوج امرأة على أربعة آلاف ودخل بها قبل أن يعطيها شيئًا .

م : (**ولو سمى أقل من عشرة فلها العشرة عندنا**) ش : وقال ابن القاسم في «المدونة » : إن سمى أقل من ربع دينار أو ثلاثة دراهم إن كمل قبل الدخول ربع دينار ، أو ثلاثة دراهم ، وإلا فسخ عليه وبعد الدخول أجبر على تكميله أقل الصداق ، وإن طلقها قبل الدخول يجب عليه نصف المسمى .

وقال غيره من المالكية : التسمية فائدة ويفسخوا على كل حال ، ولم يوجبوا مهر المثل ، وأوجبوا مهر المثل في تسمية الخمر والخنزير ، وصححوا العقد .

م : (**وقال زفر : مـهر المثل**) ش : أي يجب مهر المثل م : (**لأن تسمية ما لا يصلح مـهراً كانعدامه**) ش : يعني فلا تسمية كما في تسمية الخمر والخنزير وهو القياس .

م : (**ولنا**) ش : وهو وجه الاستحسان م : (**أن فساد هذه التسمية لحق الشرع**) ش : وحق الشرع يتأدى بالعشرة وهو معنى قوله : م : (**وقد صار مقتـضيًا بالعشرة**) ش : باعتبار أن العشرة في كونها صداقًا لا يتجزأ ، وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله ، كما لو أضاف النكاح إلى بعضها صح في جميعها م : (**فأمـا ما يرجـع إلى حقـها**) ش : أي إلى حق المرأة م : (**فقد رضيت بالـعشرة لرضاها بدونها**) ش : أي بما دون العشرة ؛ لأن من رضي بخمسة فقد رضي بالعشرة بلا شك ، وما زاد على العشرة فهو حقها ، ثم رضاها بالخمسة إسقاط حقها وتفضي عن حق الشرع ، فيصح تصرفها في حقها دون حق الشرع فتتم العشرة ، بخلاف ما إذا لم يوجد التسمية ، لأن الإنسان قد رضي بإسقاط الحق تكرمًا وتفضلاً طلبًا للتناسل الجميل ، ولا يرضى الشيء القليل لما إذا كانت راضية بالعشرة .

م : (**ولا معتبر بعدم التسمية**) ش : هذا جواب عن قوله : كانعدامه تقريره أن هذا القياس غير صحيح م : (**لأنها قـد ترضى بالتمليك من غـير عـوض تكرمًا**) ش : أي لأجل التكرم على الزوج م:(**ولا ترضى فيـه بالعوض اليسـير**) ش : ترفعًا في المعاوضة فلا تكون التسمية دليلاً على عدم الرضى بالعشرة ، فلذلك لم يجب العشرة وإنما يجب مهر المثل بخلاف الرضا بما دون العشرة ، فإنه رضى بها لا محالة .

ولو طلقها قبل الدخـول بها تجب خمسة عند علمائنا الثلاثة -رحـمهم الله- ، وعنده تجب المتعة كما إذا لـم يسم شيئاً. ومن سمى مهراً عشرة فما زاد فعليه المسمى إن دخل بها أو مات عنها؛ لأنه بالدخول يتـحقق تسليم المبدل ، وبه يتأكـد البدل ، وبالموت ينتهي النكاح نهاية ، والشيء بـانتهائه يتقرر ويتأكد فيتقرر بجميع مواجبه.

م : (**ولو طلقها قبل الدخول بها يجب خمسة عند علمائنا الثلاثة وعنده**) ش : أي عند زفر (**تجب المتعة كمـا إذا لـم يسم شيئًا**) ش : وعند مـالك على قول ابن القاسم والشـافعي وأحمد يجب نصف المسمى ، والجواب عن قياس زفر على قيمة الخمر والخنزير ، فنقول بخلاف الخمر ، والخنزير ، هذا لأن ما دون العشرة يصلح أن يكون مسمى مضمونًا إلى غيره من المال فيصح بانفراده أيضًا ، أما الخمر والخنزير فلا تصح تسميتها مع غيرهما أصلاً ، فبطلت التسمية فوجب مهر المثل . وعلى هذا لو تزوجها على ثوب يساوي فلها الثوب وخمسة دراهم ، فلو طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف الثوب ودرهمـان ونصف ، وإنما يعتبر قيمة الثوب يوم العقد ، وكذا إذا سمى مكيلاً أو موزونًا ، إلا أن الفرق بينهما إذا جاء بقيمة الثوب أجبرت المرأة على القبول ، وإذا جاء بقيمة المكيل أو الموزون لا تجبر .

وقال الكاكي : ويعتبر قيمة الثوب يوم التزوج ، وقيمة المكيل ، أو الموزون يوم القبض ، وروى الحسن ، عن أبي حنيفة أنه يعتبر في الثوب قيمته يوم القبض ، وفي المكيل والموزون يوم العقد .

م : (**ومن سمى مهراً عـشرة فما زاد فعليه المسمـى إن دخل بها أو مات عنها**) ش : اعلم أن المهر يجب بالعقد ، إما بالتسمية إذا وجدت ، وإلا فبالحكم ، أعني مهر المثل بحكم الشرع ، ثم يستقر المهر بأحد أشياء ثلاثة ، إما بالدخول أو بموت أحد الزوجين ، وإما بالخلوة الصحيحة ، فذكر المصنف الأوليين وهما الدخول وموت أحد الزوجين .

ثم علل بقوله : م : (**لأن بالدخول يتحقق تسليم المبدل**) ش : وهو البضع م : (**وبه يتأكد البدل**) ش : وهو المهر فيجب عليه إيفاء البدل ، كما إذا قبض المبيع يستقر عليه الثمن (**وبالموت**) ش : أي بموت أحد الزوجين م : (**ينتهي النكاح نهاية**) ش : أي يبلغ منتهاه ، ولا يبقى بعده شيء (**والشيء بانتهائه يتـقرر ويتأكد**) ش : لأنه لا يبقى قابلاً للتغـيير م : (**فيتـقرر بجميع مـواجبه**) ش : الممكن تقريرها لوجوب المقتضى ، وانتهاء المانع كالإرث ، والعدة ، والمهر والنسب .

وقلنا : مواجبه الممكن تقريرها احترازًا عن النفقة ، وحل الزوج بعد انقضاء العدة فإن النفقة لا تجب بعـد الموت ، ولا يحل لهـا الزوج بعـد انقـضائهـا ، ولا خلاف للأئمـة الأربعـة في هذه المسألة .

وقال أبو سعيد الإصطخري - من أصحاب الشافعي- : إن كانت الزوجة أمة لا يستقر لها

وإن طلقها قبل الدخول بها والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى : ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن﴾ الآية (البقرة:الآية٢٣٧) .

المهر بموتها ، قال الشافعي -رحمه الله تعالى- : إنه يستقر بموته .

م : (فإن طلقها قبل الدخول بها والخلوة فلها نصف المسمى ، **لقوله تعالى : ﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ﴾ الآية** (البقرة : الآية ٢٣٧) ش : منصوبة بتقدير فعل ، أي اقرأ الآية بكمالها ، ويجوز رفعها على الابتداء ، وخبره محذوف تقديره الآية بتمامها ونحو ذلك ، وتمامها هو قوله تعالى : **﴿ وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح وأن تعفوا أقرب للتقوى ، ولا تنسوا الفضل بينكم إن الله بما تعملون بصير ﴾** (البقرة : الآية ٢٣٧) .

قوله تعالى : **﴿من قبل أن تمسوهن ﴾**- أي من قبل أن تجامعوهن - والمس الجماع إجماعًا ، أو ملحق الخلوة الصحيحة على ما يأتي إن شاء الله تعالى ، وقوله تعالى : **﴿ وقد فرضتم ﴾** أي والحال أنكم قد فرضتم ، أي قدرتم ، ومعنى الفرض هنا التقدير .

وقيل : كلمة أو بمعنى الواو ، أي وما لم تفرضوا ، قوله تعالى : **﴿فنصف ما فرضتم﴾** أي الواجب نصف ما فرضتم . قوله تعالى : **﴿إلا أن يعفون ﴾**أي المطلقات ، وهو استثناء من قوله تعالى : **﴿فنصف ما فرضتم﴾** تقديره الواجب نصف ما فرضتم إلا أن يعفوا الزوجات فليس بواجب .

واعلم أن صيغة يعفون مشتركة بين الرجل والنساء في الصورة ، ولكن في التقدير مختلفة ، فوزن صيغة الرجال في الأصل يفعلون لأن حاصله يعفون استثقلت الضمة على الواو ، مع ضمة ما قبلها ، فحذفت ، ثم حذفت الواو لالتقاء الساكنين ، والواو الموجودة فيه ضمير الجماعة والنون علامة الرفع ، ووزن صيغة النساء يفعلن ، والواو لام الفعل فيه ، والنون ضمير جمع النساء ، وهو مبني والأول معرب رفعه بإثبات النون ونصبه وجزمه بحذفها .

قوله تعالى : **﴿ أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح ﴾** فذهب أصحابنا إلى أنه الزوج ، وقال أبو بكر بن المنذر في « الأشراف » : روينا ذلك عن علي -رضي الله تعالى عنه- وعبد الله بن عباس، وجبير بن مطعم ،ونافع بن جبير ،وسعيد بن المسيب ،وسعيد ابن جبير ،وشريح ،ومجاهد ،ومحمد بن كعب ،وقتادة ،والربيع ،ونافع مولى ابن عمر ، والأوزاعي ،وابن شبرمة ،والضحاك ،وابن جريج ،وابن حبان ،وجابر بن زيد ،وابن سيرين، والشعبي ،والنخعي، وطاووس ،وإياس بن معاوية ،والثوري والليث ،والشافعي في الجديد، خلاف ما ذكره عنه الزمخشري ،وابن الخطيب في «تفسيرهما» ، وهو قول أحمد، وهكذا ذكره أبو بكر الرازي ،وأبو بكر بن أبي شيبة في «مصنفه» ،والموفق بن قدامة في «المغني» .

وروى الدارقطني بإسناده عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده قال : قال رسول الله ﷺ : « ولي العقدة الزوج »[1] وقال علقمة ، والحسن ، وعطاء ، وعكرمة وأبو الزياد : هو الولي ، وقال مالك : والأب وحده في حق البكر ، وهو قول الشافعي في القديم ، والجد والأب فيه ، وفي «المغني» وهو قول أحمد في القديم : في حق الأب خاصة بخمس شرائط : أن يكون الذي بيده عقدة النكاح أبًا ، وأن تكون صغيرة ، وأن تكون بكرًا ، وأن تكون مطلقة ، ولا يجوز عفو الأب في الطلاق ، وأن يكون قبل الدخول .

وفي «المبسوط» : في القديم يجوز بأربع شرائط .

الأولى : في حق المجبر كالأب والجد .

الثانية : أن تكون ممن لا تملك أمر نفسها .

الثالثة : أن يكون بعد الطلاق .

الرابعة : أن يكون دينًا لا عينًا .

وقال أبو محمد : لا فرق بين الدين والعين . م : (**والأقيسة متعارضة**) ش : الأقيسة جمع قياس وهو معروف ، هذا جواب إشكال ، وهو أن يقال : ينبغي أن يسقط الكل لأن الطلاق قبل الدخول بعود المعقود عليه ، وهو البضع إليها سالمًا ، فينبغي أن يسقط كل البدل ، كما إذا تبايعا ثم تقايلا . فأجاب عنه بقوله : والأقيسة متعارضة ، يعني هذا القياس يقتضي هكذا ، لكن هذا قياس آخر يقتضي وجوب كل المهر ، وهو أن الطلاق قاطع بملك النكاح فيه في وجوب كل المهر لأنه فوت ما ملكه باختياره ، وذلك يقتضي وجوب كل المهر كالمشتري إذا تلف المبيع قبل القبض ، فإذا تعارض القياسان وجب المصير إلى النص ، فقلنا باستقرار نصف المهر وسقوط نصفه . واعترض عليه بشيئين : **أحدهما** : أنه ليس هنا إلا قياسان ، ولا ثالث لهما . **والآخر**: أن ظاهر كلامه يدل على أن الرجوع إلى النص إنما كان لتعارض القياسين وليس الأمر كذلك فإنه لا اعتبار بالقياس مع وجود وافق وخالف . أما إن خالف فهو متروك مردود ، وأما إذا وافق فإن الحكم بالنص ثابت عندنا بعين النص لا بالعلة ، ومنهم من قال : إنا نعمل بالقياسين ثبوتًا وسقوطًا ، فالقياس المقتضي لوجوب الكل يعمل به في إيجاب الصرف ، والقياس الذي يقتضي إسقاط الكل يعمل به في إسقاط النصف عملاً بهما ، وهو مقتضى النص . وذكر في «الحواشي» : العمل بالقياس في معارضة النص المخصوص جائز ، وهذا النص قد خص منه الطلاق قبل الدخول بعد

---

(١) رواه الدارقطني (٣/ ٢٧٩) ، عن ابن لهيعة ، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده ، وفيه ابن لهيعة وهو ضعيف .

ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره ، وفيه عود المعقود عليه إليها سالماً ، فكان المرجع فيه إلى النص ، وشرط أن يكون قبل الخلوة لأنها كالدخول عندنا ،على ما نبينه إن شاء الله تعالى . قال : وإن تزوجها ولم يسم لها مهراً ، أو تزوجها على أن لا مهر لها فلها مهر مثلها إن دخل بها أو مات عنها ،

الخلوة فيستقيم الرجوع إلى النص المخصوص لتعذر العمل بالقياس ، انتهى .

قلت : لا يجوز ترك النص المخصوص بالقياس ، وإنما الجائز بالقياس زيادة التخصيص بعدما خص النص بدليل ولا يجوز تخصيصه بالقياس قبل أن يخص .

فإن قلت : ليس من بيان التعارض بين القياسين تركهما ، بل العمل بأحدهما .

قلت : الأصل أن الدليلين إذا تعارضا ولم يكن ترجيح أحدهما على الآخر [. . . .]، أو تساقطا ولم يعمل بأحدهما بالترجيح من غير مرجح .

م : (**ففيه**) ش : أي في الطلاق قبل الدخول والخلوة ، والفاء فيه تفسيرية ، تفسير التعارض بين القياسين ، ففسر الأول بقوله :- بموت الزوج - والثاني بقوله :- وقد عرف المعقود عليه - إلى آخره م : (**تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره**) ش : قوله :- تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره - تفويت مصدر مضاف إلى فاعله ، والملك منصوب لأنه مفعول ، والباء في باختياره تتعلق بقوله - تفويت الزوج .

م : (**وفيه**) ش : أي في الطلاق ، قيل : الدخول أيضًا م : (**عود المعقود عليه**) وهو البضع (**إليها**) أي إلى المرأة حال كونه م : (**سالمًا فكان المرجع فيه**) ش : أي في حكم هذا الأمر المرجع ، أي الرجوع وهو مصدر ميمي م : (**إلى النص**) ش : منصوب لأنه خبر كان ، وأشار به إلى القياسين تركًا وعملاً بالنص ، وهذه الآية المذكورة .

م : (**وشرط**) ش : أي القدوري لأن المسألة من مسائله م : (**أن يكون قبل الخلوة ، لأنها كالدخول عندنا ،على ما نبينه إن شاء الله تعالى**) ويأتي بيانه عن قريب في هذا الباب .

م : (**قال**) ش : أي القدوري : م : (**وإن تزوجها ، ولم يسم لها مهرًا ، أو تزوجها على أن لا مهر لها فلها مهر مثلها إن دخل بها ، أو مات عنها**) ش : هاتان صورتان ، الأولى أن يزوجها ولم يسم لها مهرًا ، يعني سكت عنه ،والثانية على أن يتزوجها على أن لا مهر لها ، يعني يشترط أن لا مهر لها ، وهي مسألة المفوضة ، وهي التي فوضت نفسها بلا مهر فلها مهر مثلها إن دخل بها ، أو مات عنها ، وفي «الذخيرة» : وكذا لو ماتت هي .

ومذهبنا قول عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه - ونصابه ، وبه قال الحسن البصري ، ورواه عن رسول الله ﷺ ، ذكره عنه ابن أبي شيبة ، والحسن بن حي ، وابن شبرمة ، وابن

وقال الشافعي -رحمه الله- : لا يجب شيء في الموت ، وأكثرهم على أنه يجب بالدخول . له أن المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء ،كما تتمكن من إسقاطه انتهاء . ولنا أن المهر وجوباً حق الشرع على ما مر . وإنما يصير حقاً لها في حالة البقاء فتملك الإبراء دون النفي . ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى ﴿ومتعوهن على الموسع قدره﴾ الآية (البقرة :الآية٢٣٦)

أبي ليلى ، والشافعي في - رواية البويطي - وأحمد ، وإسحاق بن راهويه ، وأبو ثور وابن جرير الطبري ، وداود وفيما إذا تركا ، ذكره ، وإن نفيا بطل النكاح .

م : (**وقال الشافعي : لا يجب شيء في الموت**) ش : أي لا يجب لها إذا مات عنها قبل الدخول م : (**وأكثرهم**) ش : أي وأكثر أصحاب الشافعي (**على أنه يجب بالدخول**) ش : كمذهبنا ، وبه قال أحمد .

وقال بعض أصحاب الشافعي : لا يجب لها شيء بالدخول ، وفي الموت للشافعي قولان ، أحدهما أن يجب ، والثاني أنه لا يجب ، وهو قول مالك في صورة نفي المهر . م : (**له**) ش : أي للشافعي م : (**أن المهر خالص حقها ، فتتمكن من نفيه ابتداء**) ش : أي في ابتداء العقد ، كالمفوضة ، فلها أن تفوض نفسها بلا مهر م : (**كما تتمكن من إسقاطه انتهاء**) أي في انتهاء العقد ، فإن لها أن تسقط مهرها بعد العقد ، كالخلع و احتج الشافعي أيضًا بما روي عن علي ، وزيد بن ثابت ، وابن عباس ، وابن عمر -رضي الله تعالى عنهم- أنهم قالوا : لها الميراث ، ولا صداق لها وعليها العدة .

م : (**ولنا أن المهر وجوبًا**) ش : أي من حيث الوجوب م : (**حق الشرع**) ش : بدليل قوله تعالى : ﴿**أن تبتغوا بأموالكم**﴾ (النساء : الآية ٢٤) ﴿**قد علمنا ما فرضنا**﴾ (الأحزاب : الآية ٥٠) ، وعلم من خصوصية النبي ﷺ النكاح بغير مهر أنه في حق غيره ، لا ينعقد إلا موجبًا للمهر ، وفي «المحيط» : في المهر حقوق ثلاثة ، حق الشرع وهو أن لا يكون أقل من عشرة ، وحق الأولياء وهو أن لا يكون أقل من مهر مثلها ، وحق المرأة وهو كونه ملكًا لها غير أن حق الشرع ، وحق الأولياء يعتبر وقت العقد لا في حالة البقاء .

م : (**وإنما يصير حقًا لها في حالة البقاء ، فتملك الإبراء دون النفي**) ش : لأن الأصل أن تلاقي التصرف ما يملكه دون ما لا يملك ، ولهذا ملكت الإبراء انتهاء دون النفي ابتداء .

م : (**ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة**) ش : وإنما لم يقل : فإن طلقها قبل الدخول أو الخلوة ، بل قال : قبل الدخول فقط مع أن الخلوة شرط أيضًا ، لأن الدخول يشملها ، إذ الخلوة دخول حكمًا م : (**لقوله تعالى : ﴿ ومتعوهن على الموسع قدره ﴾ الآية**) (**البقرة : الآية ٢٣٦**) ش:قد مر الكلام في قوله - الآية - عن قريب ، وجه الاستدلال أن الله تعالى قال : ﴿ **لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن** ﴾ والفريضة هي المهر ، أي لا جناح

ثم هذه المتعة واجبة رجوعاً إلى الأمر ، وفيه خلاف مالك -رحمه الله- . والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها ،وهي درع ،وخمار ، وملحفة

عليكم في الطلاق في الوقت الذي لم يحصل المساس، وفرض الفريضة ، وأمر بالمتعة مطلقًا ، وهو على الوجوب ، وقال : حقًا وذلك يقتضيه أيضًا ، وذكر بكلمة على .

م : (**ثم هذه المتعة واجبة رجوعًا إلى الأمر) ش** : أي لأجل الرجوع إلى الأمر ، لأن مقتضاه الوجوب عند الإطلاق ، والمتعة الواجبة عندنا هي هذه وحدها ، والباقية مستحبة إلا إذا كانت الفريضة من قبل المرأة ، حيث لا تسمى لها المتعة ، لأنها جانبه ، ومذهبنا هو قول ابن عمر، وابن عباس، والحسن ، وعطاء، وجابر بن زيد ،والشعبي، والنخعي، والزهري، والثوري، والشافعي في رواية الجماعة عنه ، وعنه يجب نصف مهر المثل .

م : (**وفيه خلاف مالك**) أي في الحكم المذكور خلاف مالك ، فإن عنده مستحبة ، وهو قول ابن أبي ليلى ، والليث لأنه تعالى قال : ﴿ **حقًا على المحسنين**﴾ والمحسن اسم للمتطوع، والوجوب لا يتقيد بالمحسن .

قلنا : قد فسر الإحسان بالإيمان ، ولأن التقييد بالمحسن لا ينفي الوجوب على غيره ، كما قال الله تعالى : ﴿ **هدى للمتقين** ﴾ مع أنه هدى لهم ولغيرهم قال الكاكي : والصحيح من مذهبه كمذهبنا .

م : (**والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها) ش** : أي مثل المرأة ،وهذه اللفظة أعني من كسوة مثلها لفظ القدوري في مختصره ، أشار بهذا إلى اعتبار حالها في الكسوة على ما يجيء الآن .

م : (**وهي درع وخمار وملحفة) ش** : فسر بهذا قوله : - والمتعة أثواب - لأن ذكر الأثواب يتناول أكثر من الثلاثة ففسر الأثواب بقوله : - وهي درع وخمار وملحفة - أي الأثواب المذكورة هي هذه لا غير .

والدرع هو ما تلبسه المرأة فوق القميص وهو مذكر ، قاله صاحب «المغرب »، وعن الحلواني هو جابية إلى الصدر ، وقال ابن الأثير : درع المرأة قميصها والخمار ما تغطي المرأة به رأسها، والملحفة بكسر الميم الملاءة ، وهي ما تلتحف به المرأة .

وفي « الذخيرة » : المتعة ثلاثة أثواب ، قميص ومقنعة وملحفة وسط ،لا جيد غاية الجودة، ولا رديء غاية الرداءة، ولا يزاد على نصف مهر مثلها ،ولا ينقص عن خمسة دراهم .

وفي «الينابيع»: إن كانت من السفلة فمتعتها من الكرباس ، وإن كانت من الوسط فمتعتها من القز ، وإن كانت مرتفعة الحال فمتعتها من الإبريسم وهذا هو الصحيح .

وفي«المغني» : أعلاها خادم ،يروى ذلك عن ابن عباس ، وكذا ذكره عنه في «النتف» ،

وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن عباس -رضي الله عنهم- وقوله: من كسوة مثلها إشارة إلى أنه يعتبر حالها ، وهو قول الكرخي -رحمه الله- في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل ، والصحيح أنه يعتبر بحاله عملاً بالنص ،وهو قوله تعالى :

وأدناها كسوة تجوز فيها الصلاة ، وإن كان فقيراً يمتعها درعًا وخماراً وثوبًا تصلي فيه ، وقال الأوزاعي والثوري، وعطاء، ومالك ، وأبو عبيدة كقولنا .

وعن أحمد في رواية : يرجع فيها إلى الحاكم وهو أحد قولي الشافعي وهو بعيد، وروى عبد الرحمن بن عوف -رضي الله تعالى عنه- أنه طلق الكلبية، وحممها جارية أي متعها . وقال النخعي : العرب تسمي المتعة التحميم ، وروي عن الحسن بن علي -رضي الله تعالى عنهما- أنه طلق امرأة ومتعها بعشرة آلاف ، فقالت : متاع قليل من حبيب مفارق .

وفي «التنبيه» : طلق امرأة قبل الفرض ،والمس تجب المتعة ، وروي عن الحسن بن علي - رضي الله تعالى عنهما - وبعد المسيس يجب مهر المثل ، وفي المتعة قولان: قبل الفرض ، وإن وجب لها نصف مهر المثل فلا متعة ، وفي« المنهاج» : تجب متعة إذا لم يجب نصف مهر المثل قبل الوطء، وكذا الموطوءة في الأظهر مع مهر المثل .

م : (**وهذا التقدير**) ش : أي التقدير بثلاثة أثواب م : (**مروي عن عائشة ، وابن عباس - رضي الله تعالى عنهم -**) قال الأترازي : ولنا ما روى أصحابنا في «المبسوط»وغيره، وابن عباس، وعائشة ،وسعيد بن المسيب ،وعطاء، والحسن، والشعبي ،أن المتعة ثلاثة أثواب ، والبيهقي روى عن ابن عباس .

م : (**وقوله**) أي قول القدوري في مختصره: م : (**من كسوة مثلها إشارة إلى أنه يعتبر حالها**) ش : أي حال المرأة .

وفي « البدائع » : ثم قيل: تعتبر المتعة بحاله ، وبه قال أبو يوسف ، وقيل : تعتبر بحالهما، وقيل : في المتعة الواجبة بحالها لأنها قائمة مقام مهر المثل ، وفي المستحبة بحاله ، قال : في الآية إشارة إلى اعتبار حالهما ، فلو اعتبرنا بحاله وحده لسوينا بين الشريفة والوضيعة في المتعة ، وذلك غير معروف بين الناس ، بل هو منكر .

م : (**وهو قول**) ش : الشيخ م : (**الكرخي في المتعة الواجبة**) ش : أي الاعتبار بحال المرأة ،وهو قول الشيخ أبي الحسن الكرخي م : (**لقيامها**) ش : أي لقيام المتعة م : (**مقام مهر المثل**) ش : لأنها تجب عند سقوط مهر المثل ، وفي مهر المثل يعتبر بحالها ، فكذا في حقه، وهكذا في النفقة والكسوة م : (**والصحيح أنه يعتبر بحاله**) ش : أي بحال الرجل ، وهو اختيار أبي بكر الرازي واختيار المصنف ،وهو الصحيح من مذهب الشافعي أيضًا . م : (**عملاً بالنص وهو قوله تعالى :**

﴿على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾ (البقرة : الآية ٢٣٦) ، ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة دراهم ، ويعرف ذلك في الأصل . وإن تزوجها ولم يسم لها مهراً ، ثم تراضيا على تسميته فهي لها إن دخل بها ، أو مات عنها، وإن طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة،

﴿على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾) (البقرة: الآية ٢٣٦) **ش** : بيانه أن الله تعالى اعتبر حال الرجل دون حال المرأة ، والتعليل في معارضة النص باطل ، والموسع هو الغني والفقير المقل .

م : (**ثم هي**) **ش** : أي المتعة م : (**لا تزاد على نصف مهر مثلها**) **ش** : وبه قال الشافعي في قول وفي قول لا يعتبر بمهر المثل، وفي بعض النسخ ، ثم هو، فالتأنيث على إرادة المتعة ، والتذكير على إرادة قدر المتعة (**ولا تنقص عن خمسة دراهم**) **ش** : لأن المتعة وجبت عوضًا عن البضع ، وكل العوض لا يجوز أن يكون أقل من عشرة ، فنصف العوض لا يجوز أن يكون أقل من خمسة ، وهذا معنى ما أحله في الأصل ، وهو قوله : م : (**ويعرف ذلك في الأصل**) **ش** : أي «المبسوط» .

بيان ذلك أن المتعة إما أن تكون زائدة على نصف مهر المثل أو لا ، فإن كانت زائدة فلها نصف مهر المثل هو العوض ، ولكن تعذر بنصفه لجهالته، فيصار إلى خلفه وهو المتعة ، فلا يزاد على نصف مهر المثل ، وإن لم تكن ، فإما أن يكون مساويًا له أو لا ، فإن كان مساويًا له فلها المتعة اتباعًا للنص ، وإن لم يكن فإما أن يكون أقل من خمسة دراهم أو لا ، فإن كان فلها الخمسة لأن المهر هو الأصل ، والمتعة خلف ولا مهر أقل من عشرة دراهم ، فلا متعة أقل من خمسة ، وإن لم يكن فلها المتعة بالنص .

فإن قيل : نص المتعة مطلق عن هذه التفاصيل ، نفيها تقييد له وهو نسخ ، فالجواب أن قوله تعالى : **﴿ قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم ﴾** الأحزاب : الآية ٥٠) دل على أن المهر مقدر شرعًا ، فالإيجاب بالتسمية في مهر من يعتبر بمهره مهر المثل، بيان ذلك القدر المجمل ، وكذلك قوله عليه السلام: « ولا مهر أقل من عشرة دراهم» فكان معارضًا لآية المتعة ، والتفصيل على الوجه المذكور توفيق بينهما ، انتهى.

قلت : هذا كلام الأكمل ، نقله عن شيخه .

م : (**وإن تزوجها ولم يسم لها مهرًا ، ثم تراضيا على تسميته فهي لها إن دخل بها أو مات عنها**) **ش**: هذا بالإجماع ، وكذا الحكم لو رافعته إلى القاضي ففرض لها مهرًا ؛ لأن لها أن تطالبه، وترافعه إلى القاضي ؛ ليفرض لها مهرًا ، كذا ذكره التمرتاشي .

م : (**وإن طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة**) **ش** : وهو قول أبي يوسف ، في قوله المرجوع إليه ،

وعلى قول أبي يوسف -رحمه الله- الأول نصف هذا المفروض ، وهو قول الشافعي - رحمه الله- لأنه مفروض ، فيتنصف بالنص . ولنا أن هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد ، وهو مهر المثل، وذلك لا يتنصف ، فكذا ما نزل منزلته ، والمراد بما تلا الفرض في العقد ، إذ هو الفرض المتعارف . قال : فإن زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة ، خلافاً لزفر- رحمه الله- ، وسنذكره في زيادة الثمن والمثمن إن شاء الله .

وهو رواية عن أحمد رحمه الله تعالى: م : (**وعلى قول أبي يوسف الأول نصف هذا المفروض) ش:** أي لها نصف المفروض الذي فرض لها .

م : (**وهو قول الشافعي) ش** : أي قول أبي يوسف الأول ، وهو قول مالك أيضًا ، وفي ظاهر الرواية عن أحمد ، وهو قول ابن عمر، وعطاء ، والشعبي ، والنخعي م : (**لأنه مفروض) ش** : كالمسمى م : (**فيتنتصف بالنص) ش** : وهو قوله تعالى: ﴿ **فنصف ما فرضتم** ﴾ .

م : (**ولنا أن هذا الفرض) ش** : أي الفرض الذي بعد العقد م : (**تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل ، وذلك لا يتنصف ، فكذا ما نزل منزلته) ش** : فأنزل منزلة مهر المثل ، وأراد بالنازل منزلة المسمى بعد العقد م : (**والمراد بما تلا) ش** : أي المراد بما تلاه أبو يوسف من قوله تعالى : ﴿**فنصف ما فرضتم**﴾ م : (**الفرض في العقد) ش** : يعني حالة النكاح ، قوله : الفرض مرفوع ؛ لأنه خبر المبتدأ أعني قوله: والمرادم : (**إذ هو الفرض المتعارف) ش** : لأن الفرض المطلق لا عموم له .

م : (**قال) ش** : أي القدوري في مختصره: م : (**وإن زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة) ش:** وبه قال أحمد م : (**خلافًا لزفر) ش** : حيث يقول : لا تصح الزيادة ، وبه قال الشافعي ؛ لأن الزيادة هيئة مبتدأ ، لا تلحق بأصل العقد إن قبضت ملكت ، وإلا فلا ، وعند المصنف أن يذكره فيما يأتي حيث قال : (**وسنذكره في زيادة الثمن والمثمن إن شاء الله تعالى**) أي في فصل يذكر بعد باب المراجعة والتولية، قال الأكمل: نحن نتبعه في ذلك .

قلت : نحن لا نتبع ما قاله الأكمل ، فنقول : قال في « المبسوط » : ودليل جواز الزيادة قوله تعالى : ﴿ **فيما تراضيتم به من بعد الفريضة** ﴾ (النساء : الآية ٢٤) معناه من فريضة بعد الفريضة ، وبقولنا قال أحمد في الزيادة في النكاح : ولا يجوز الزيادة في البيع .

وفي «شرح الطحاوي» : تزوجها على ألف ، ثم على ألفين لا يثبت المهر الثاني خلافًا لأبي يوسف ؛ لأنهما فقدا إثبات الزيادة في ضمن العقد ، فلم يثبت العقد ، فكذا الزيادة .

وفي «شرح الأسبيجابي » : جدد النكاح على ألف آخر تثبت التسميتان عند أبي حنيفة ، وعندهما لا تثبت الثانية ، وكذا لو راجع المطلقة بألف ، وقيل : لو قال : لا أرضى بالمهر الأول

وقيل : وإذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول ، وعلى قول أبي يوسف -رحمه الله- ولا تتنصف مع الأصل ؛ لأن التنصيف عندهما يختص بالمفروض في العقد ، وعند أبي يوسف المفروض بعده كالمفروض فيه ، على ما مر . وإن حطت عنه من مهرها صح الحط ؛ لأن المهر بقاء حقها ، والحط يلاقيه حالة البقاء . وإذا خلا الرجل بامرأته وليس هناك مانع من الوطء، ثم طلقها فلها كمال المهر وقال الشافعي - رحمه الله -: لها نصف المهر ؛ لأن المعقود عليه إنما يصير

أو أبرأته ، ثم قالت : لا أقيم معك بدون المهر ، ولو وهبت مهرها، ثم جدد المهر لا يجب الثاني بالاتفاق .

م : (وقيل) ش : أي على الاختلاف م : (**وإذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول ، وعلى قول أبي يوسف ولا تتنصف**) ش : أي الزيادة م : (**مع الأصل ؛ لأن التنصيف عندهمايختص بالمفروض في العقد**) ش : أي عند أبي حنيفة ومحمد ، وهو قول أبي يوسف في قوله المرجوع إليه ، وهو رواية عن أحمد رحمه الله تعالى .

م : (**وعند أبي يوسف المفروض بعده**) ش : أي بعد العقد م : (**كالمفروض فيه**) ش : أي في العقد (**على ما مر**) بيانه في المسألة المتقدمة م : (**وإن حطت عنه من مهرها صح الحط**) ش : يعني إن حطت المرأة عن الزوج من مهرها ، صح الحط فيلحق بالعقد م : (**لأن المهر بقاء حقها ، والحط يلاقيه حالة البقاء**) ش : أي الحط يلاقي حقها حالة البقاء ، لا حالة الابتداء ، وقد بقي حقها على التمييز ، ولو قال : حقها بقاء لكان أولى ؛ لأن التمييز لا يجوز تقديمه عليه اتفاقًا ، وخالف المازني والمبرد في تقديمه على الفعل ، ومذهب سيبويه أن لا يتقدم عليه وموضعه كتب النحو .

م : (**وإذا خلا الرجل بامرأته وليس هناك مانع من الوطء ثم طلقها فلها كمال المهر**) ش : قال ابن المنذر في «الأشراف» وأبو بكر بن أبي شيبة في «مصنفه» ، وأبو بكر الرازي في«أحكام القرآن» : هذا قول عمر بن الخطاب ، وعلي بن أبي طالب، وزيد بن ثابت، وعبد الله بن عمر ، وجابر، ومعاذ رضي الله تعالى عنهم ، وبه قال عروة بن الزبير وعلي بن الحسين، وزين العابدين ، وسعيد بن المسيب ، والزهري ، والنخعي ، والأوزاعي، والثوري ، وأحمد ، وإسحاق بن راهويه، والشافعي في قوله القديم ، وحكى الطحاوي أنه إجماع الصحابة، وقال أبو بكر الرازي : هو اتفاق الصدر الأول . وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» عن عوف ، عن زرارة بن أبي أوفى قال : سمعته يقول : قضاء الخلفاء الراشدين المهديين أن من أغلق بابًا ، أو أرخى سترًا فقد وجب المهر، ووجبت العدة، ومثله في رواية أبي بكر الرازي .

وقال الأترازي : هذا إذا كان المهر مسمى ،وإن لم يكن المهر مسمى فلها صداق مثلها، وإن لم تصح الخلوة فلها نصف المهر ، وإن لم يكن المسمى فلها المتعة ، كذا في «مختصر» الطحاوي، والخلوة الصحيحة قائمة مقام الدخول عندنا في تأكد المهر ، ووجوب العدة ، وثبوت

مستوفى بالوطء ، فلا يتأكد المهر دونه . ولنا : أنها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع ، وذلك وسعها ، فيتأكد حقها في البدل اعتباراً بالبيع .

وإن كان أحدهما مريضاً ، أو صائماً في رمضان ، أو محرماً بحج فرض ، أو نفل ، أو بعمرة ،

النسب ، ونفقة العدة ، والسكنى ، وتزوج البنت ، وتحريم الأمة على قول أبي حنيفة .

وفي «الذخيرة» : ولم يقيموها مقام الوطء في حق الإحصان ، وحرمة البنات وحلها للأولاد الرجعة والميراث ، وأما وقوع طلاق آخر فقد قيل : لا يقع ، وقيل : يقع ، وهو أقرب إلى الصواب ؛ لأنه لا احتياط ، ثم هذا الطلاق ، بل يكون رجعيًا أو بائنًا ، قال شيخ الإسلام في باب العين : يكون بائنًا .

م : (**وقال الشافعي : لها نصف المهر**) ش : وهو قول شريح ، والشعبي ، وطاووس ، وابن سيرين ، وأبي ثور ، وقال أبو بكر الرازي ، وابن المنذر : وروي عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه وابن عباس - رضي الله تعالى عنهما - مثله قالا : لا يصح ذلك عنهما لأن في حديث ابن عباس ، ليث بن أبي سليم وهو ضعيف .

وقال مالك والرازي وابن المنذر : إن خلا بها في منزلها فلها نصف المهر ، وإن خلا بها في منزله فلها المهر كله ، وذكر أبو بكر الرازي عنه أنه قال : إن تطاول ذلك وجب المهر كاملاً ، وفي «الجواهر» : إن طال المقام ، يتقرب الكمال في أحد القولين ، ثم قيل : في عدة الطول سنة ، وقيل : ما يعد طولاً في العادة م : (**لأن المعقود عليه**) ش : وهو منافع البضع م : (**إنما يصير مستوفى بالوطء**) ش : فلم يوجد م : (**فلا يتأكد المهر دونه**) ش : أي دون الوطء والزوج لم يستوف المبدل من المرأة ، فلا يجب عليه البدل .

م : (**ولنا أنها**) ش : أي المرأة م : (**سلمت المبدل**) ش : وهو منافع البضع م : (**حيث رفعت الموانع**) ش : وهو جمع مانعة ، أي حالة مانعة من الوطء ويأتي تفسيرها عن قريب م : (**وذلك**) ش: أي رفع الموانع م : (**وسعها**) ش : أي وسع المرأة ، وهو الذي تقدر عليه م : (**فيتأكد حقها في البدل**) ش : وهو المهر م : (**اعتبارًا بالبيع**) ش : أي قياسًا عليه ، فإن التخلية فيه تسليم حتى يجب على المشتري تسليم الثمن ، فكذا هنا يجب على الزوج تسليم البدل والمبدل ، والمبدل في المعاوضات يتقرر بتسليم المبدل ، بتحقق استيفائه ، ألا ترى أن الأجر إذا خلا بين المستأجر والمستأجر يتأكد البدل ، وإن لم يتحقق القبض ، وهذا لأنه توقف بقدر البدل على حقيقة استيفاء المبدل ، بما تمتنع من عليه البدل ، عن الاستيفاء ، فيتضرر من عليه المبدل وهو مرفوع شرعًا .

وروى ابن أبي شيبة ، عن جابر إذا نظر إلى فرجها ، ثم طلقها فلها الصداق ، وعليها العدة ،

أو كانت حائضاً فليست الخلوة صحيحة ، حتى لو طلقها كان لها نصف المهر؛ **لأن هذه الأشياء**

وعنه عليه السلام : « **من كشف خمار امرأة، أو نظر إليها وجب الصداق ، دخل بها أو لم يدخل** »[1] رواه الدارقطني وأبو بكر الرازي في «أحكامه» ، وقال شريح : يجب بها العدة ، ولا يتأكد بها المهر ، كذا في «النتف» .

فإن قلت : هذا طلاق قبل المسيس فيتنصف بالنص ، ومن قال بأن الخلوة مكملة فقد علق التنصيف بالخلوة ، وهو خلاف النص ، إذ النص علقه بعدم المس .

قلت : المس ليس بوطء حقيقة ، وإنما هو حامل على الوطء لأنه سببه ، فأطلق اسم السبب على المسبب ، إذ الخلوة بالمس ، ويتأيد ما ذكره بالنص ، وهو قوله تعالى : ﴿**وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض**﴾ (النساء : الآية ٢٠) ، والإفضاء الخلوة ، وهو مأخوذ من الفضاء ، وهو المكان الخالي ، ونهى عن استرداد شيء من المهر .

وحمل المس على الخلوة هو أولى من حمله على الوطء ؛ لأن المجوز للإطلاق ليس إلا الملازمة ، وملازمة السبب للمسبب أقوى ؛ لأن المسبب لا يوجد بدون السبب ، والسبب قد يختلف في المسبب كما في البيع بشرط الخيار ، فالسبب لازم دائمًا ، والمسبب لازم في حال دون حال .

م : (**وإن كان أحدهما مريضًا**) ش : هذا شروع في بيان الموانع إذا كان أحد الزوجين مريضًا ، والموانع جمع مانعة ، وهي أقسام ، مانع حقيقي كالمرض ، ومانع طبيعي ككون المرأة رتقاء ، أو قرناء ، أو صغيرة لا تطيق الجماع ، ومانع حسي ، وهو أن يكون معهما ثالث ، سواء كان بصيراً أو أعمى ، يقظانًا أو نائمًا ، بالغًا أو صبيًا ، يعقل ، والمجنون ، والمغمى عليه والصغير الذي لا يعقل لا يمنع وزوجته الأخرى تمنع .

وعن محمد : لا تمنع ، وجاريته لا تمنع ، بخلاف جاريتها ، والكلب العقور يمنع وإن لم يكن عقوراً ، فإن كان للمرأة يمنع ، وإن كان له لا يمنع ، ومانع شرعي كالإحرام بحج فرض ، ومانع طبيعي وشرعي كالحيض .

م : (**أو صائمًا في رمضان**) ش : هو مانع بلا خلاف ، لما يلزمه من القضاء والكفارة م : (**أو محرمًا**) ش : أو كان أحد الزوجين محرمًا م : (**بحج فرض ، أو نفل، أو عمرة**) ش : الكل سواء في

---

(١) مرسل : رواه الدارقطني (٣/ ٣٠٧) ، عن ابن لهيعة ، نا أبو الأسود ، عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان . . . مرفوعًا ، وكذا روى البيهقي (٧/ ٢٥٦) ، وهذا مرسل ضعيف ، ورواه البيهقي عن عبيد الله بن أبي جعفر عن صفوان بن سليم عن عبد الله بن يزيد ، عن محمد بن ثوبان عن النبي ﷺ قال : « **من كشف امرأة فنظر إلى عورتها فقد وجب الصداق** » . وهو مرسل صحيح .

موانع . وأما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع ، أو يلحقه به ضرر ، وقيل: مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور ، وهذا التفصيل في مرضها ، وأما صوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة والإحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء ، والحيض مانع طبعاً وشرعاً . وإن كان أحدهما صائماً تطوعاً فلها المهر كله؛

لأنه يباح له الإفطار من غير عذر في رواية المنتقى، وهذا القول في المهر هو الصحيح . وصوم

المنع م : (أو كانت حائضًا) ش : أو نفساء ، فإنه مانع طبعًا وشرعًا م : (فليست الخلوة صحيحة) ش:هذا جواب عن الشرطية ، أي فليست الخلوة صحيحة في الأشياء المذكورة .

م : (حتى لو طلقها كان لها نصف المهر ، لأن هذه الأشياء) ش : يعني المرض وصوم رمضان ، والإحرام مطلقًا والحيض م : (موانع) ش : وفي «العيون » ، والحائض ، والمحرمة إذا جاءت بولد ثبت المهر بذلك كاملاً ، وإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر ثبت نسبه .

م : (أما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع، أو يلحقه به الضرر) ش : وهذا تقييد بتفصيل ، وهو أن بالجماع إن كان لا يلحقه ضرر ، فالخلوة صحيحة م : (وقيل : مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور) ش:والتكسر في الأعضاء، والفتور في الذكر ، وهذا بلا تفصيل وهو الأصح إذ لا تفصيل في مرضه ، فكل مرض من جانبه يمنع صحة الخلوة ؛ لأن جماع الرجل يوجب التكسر والفتور لا محالة م : (وهذا التفصيل في مرضها) ش : وهو الصحيح م : (وأما صوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة) ش : أراد به قوله ما يمنع بالجماع ، أو يلحق به ضرر .

وفي « الذخيرة » : مرضها متنوع بلا خلاف ، واختلفوا في مرضه ، وقيل متنوع ،وقيل : جميع أنواعه مانع على كل حال .

وفي « جوامع الفقه » : ومرضه أو مرضها يمنع إذا كان يضره الجماع ، وقال الصدر الشهيد: يمنع جميع الخلوة ؛ لأنه يجب بالإفطار القضاء والكفارة جميعًا ، وفي ذلك حرج فيكون مانعًا .

م : (والإحرام) ش : عطف على قوله - صوم رمضان - تقديره ، وأما الإحرام المطلق فإنه يمنع صحة الخلوة م : (لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء) ش : لأن الذي جامع في إحرامه تلزمه هذه الأشياء، وقد عرف في موضعه مفصلاً م : (والحيض) ش : عطف على قوله- صوم رمضان - تقديره وأما الحيض فإنه م : (مانع طبعًا وشرعًا) ش : أما طبعًا فلأن فيه من التلوث بالدم النجس ، وأما شرعًا فلقوله تعالى : ﴿ ولا تقربوهن حتى يطهرن ﴾ (البقرة: الآية ٢٢٢) .

م : (وإن كان أحدهما) ش : أي أحد الزوجين م : (صائمًا تطوعًا) ش : أي صومًا تطوعًا أو صائمًا متطوعًا م : (فلها المهر كله) ش : لصحة الخلوة؛ لأنه لا يلزمه إلا القضاء وعلل المصنف

القضاء والمنذور كالتطوع في رواية ؛ لأنه لا كفارة فيه ، والصلاة بمنزلة الصوم، فرضها كفرضه ، ونفلها كنفله. وإذا خلا المجبوب بامرأته، ثم طلقها فلها كمال المهر عند أبي حنيفة -رحمه الله- . وقالا : عليه نصف المهر؛ لأنه أعجز من المريض، بخلاف العنين؛ لأن الحكم أدير على سلامة الآلة ولأبي حنيفة -رحمه الله- أن المستحق عليها بالعقد التسليم في حق المستحق ، وقد أتت به .

بقوله: م : (**لأنه يباح له الإفطار من غير عذر في رواية «المنتقى»**) بفتح القاف اسم كتاب في الفقه صنفه الحاكم الشهيد أبو الفضل محمد بن أحمد السلمي المروزي، وهو صاحب «الكافي» الذي يسمونه «مبسوطًا».

م : (**وهذا القول في المهر هو الصحيح**) ش : إشارة إلى وجوب كل المهر في صوم التطوع، واحترز بالصحيح عن قول من قال: صوم التطوع [. . .] يمنع صحة الخلوة ، لأنه لا يحل إبطاله إلا بعذر ، وبهذا روي عن أبي حنيفة رواية إشارة .

وفي « النهاية » قوله : - وهذا القول في المهر هو الصحيح - أي أخذ رواية «المنتقى» في حق كمال المهر دفعًا للضرر عنها ، وهو الصحيح ، والثاني حق جواز الإفطار، فالصحيح غير رواية « المنتقى » ، وهو أن لا يباح الإفطار من غير عذر .

م : (**وصوم القضاء والمنذور كالتطوع في رواية ؛ لأنه لا كفارة فيه**) ش : يعني لا يمنع الخلوة، وفي « البدائع » : روى بشر عن أبي يوسف أن صوم النفل ، وقضاء رمضان، والكفارات ، والنذور لا تمنع الخلوة ، قال : فكان في المسألة روايتان ، وفي المنافع في صوم التطوع والكفارة روايتان بالقطع .

م : (**والصلاة بمنزلة الصوم ، فرضها كفرضه ، ونفلها كنفله**) ش : أي فرض الصلاة كفرض الصوم ، ونفل الصلاة كنفل الصوم في أن الفرض فيهما يمنع صحة الخلوة ، وأن النفل فيهما يمنع ، وعن أحمد لا يمنع الإحرام والصيام في الحيض والنفاس وغيرهما صحة الخلوة ، وكذا لا يمنع الموانع الحقيقية كالجب والعنة والرتق والقرن في المرأة ، وهو يروى عن عطاء وابن أبي ليلى ، والثوري ، وعنه يمنع في رواية ، وعنه في صوم رمضان فرق بين المقيم والمسافر .

م : (**وإذا خلا المجبوب**) ش : وهو الذي استؤصل ذكره وخصيتاه من الجب، وهو القطع م:(**بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند أبي حنيفة**) ش : وزفر ذكره في «العيون»، وبه قال عطاء، وابن أبي ليلى والثوري .

م : (**وقالا: عليه نصف المهر؛ لأنه أعجز من المريض**) ش : لأن المريض ربما يجامع والمجبوب لا يقدر عليه أصلاً لعدم الآلة م : (**بخلاف العنين؛ لأن الحكم أدير على سلامة الآلة**) يعني خلوة العنين صحيحة توجب كمال المهر اتفاقًا ، لأن آلته سالمة فأدير حكمه، وهو وجوب كمال المهر على سلامة الآلة ، ولا آلة للمجبوب فافترقا ، لا يقال: سلامتها موجودة في المريض أيضًا ، ومع

قال: وعليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطاً، استحساناً لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد، فلا تصدق في إبطال حق الغير بخلاف المهر؛ لأنه مال لا يحتاط في إيجابه. وذكر القدوري - رحمه الله - في شرحه: أن المانع إن كان شرعياً كالصوم والحيض تجب العدة لثبوت

هذا ليست خلوة صحيحة؛ لأن السبب الظاهر وهو سلامة الآلة أقيم مقام الأمر الخفي في العنين، كما هو الأصل، والمانع من الوطء فيه خفي، وربما لا يتحقق بخلاف المريض، فإن المانع ثمة ظاهر، وهو المرض يعتبر الظاهر. وفي «البدائع»: في خلوة العنين والخصي صحيحة؛ لأنهما لا يمنعان الجماع كغيرهما، وفي «القنية»: صحة خلوة العنين إجماع، ومثله في «التحفة» و«العيون».

م: (**ولأبي حنيفة أن المستحق عليها بالعقد التسليم**) ش: بأقصى ما في وسعها من التمكين م: (**في حق المستحق**) ش: أي المس م: (**وقد أتت به**) ش: أي والحال أنها قد أتت به، أي بالتسليم المستحق عليها م: (**قال**) أي قال محمد في «الجامع الصغير»: م: (**وعليها العدة في جميع هذه المسائل**) ش: أي عند صحة الخلوة وفسادها بالموانع المذكورة م: (**احتياطًا**) ش: أي لأجل الاحتياط م: (**استحسانًا**) ش: أي على وجه الاستحسان فيما تصح الخلوة، وفيما لا تصح، والقياس أن لا تجب العدة؛ لأنه لم توجب الخلوة، فلا تجب العدة، وكذا بعد الخلوة لوجود الجامع، وهو كونه طلاقًا قبل الدخول.

وجه الاستحسان هو قوله: م: (**لتوهم الشغل**) ش: بفتح الشين المعجمة، نظرًا إلى المنع الحقيقي م: (**والعدة حق الشرع**) ش: يدل عليه أن الزوجين لا يملكان إسقاطها، والتداخل يجري فيها، وحق العبد لا يتداخل م: (**والولد**) ش: أي وحق الولد، لقوله عليه السلام: «**من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره**»[1] والمقصود غاية نسب الولد وهو حقه م: (**فلا تصدق**) ش: أي المرأة م: (**في إبطال حق الغير**) ش: بقولها لم يطأني، وقيل: معناه فلا يصدق الزوج في إبطال حقها بقوله: لم أطأها.

م: (**بخلاف المهر**) ش: فإنه لا يجب بالخلوة الفاسدة م: (**لأنه مال لا يحتاط في إيجابه**) ش: لأنه لا يجب بالشك، فلا يجب إذا لم تصح الخلوة.

---

(١) صحيح بطرقه وشواهده: رواه الترمذي [١١٣١]، عن عبد الله بن وهب حدثنا يحيى بن أيوب عن ربيعة بن سليم، عن بسر بن عبد الله عن رويفع بن ثابت . . . مرفوعًا. قال: هذا حديث حسن. وقد روي من غير وجه عن رويفع بن ثابت، والعمل على هذا عند أهل العلم، لا يرون للرجل إذا اشترى جارية وهي حامل أن يطأها حتى تضع، وفي الباب عن أبي الدرداء، وابن عباس، والعرباض بن سارية، وأبي سعيد.
قلت: وإسناده فيه ربيعة بن سليم وهو مجهول الحال.

التمكن حقيقة ، وإن كان حقيقياً كالمرض والصغر ، لا تجب لانعدام التمكن حقيقة .

قال : وتستحب المتعة لكل مطلقة إلا مطلقة واحدة ، وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها ،

فإن قيل : التوهم معدوم في فصل الجب .

قلنا : شغل رحمها بمائه موهوم بالسحق ، ولهذا ثبت نسب ولديهما عند ابن أبي سليمان .

م : (**وذكر القدوري في شرحه**) ش : لمختصر الشيخ أبي الحسن الكرخي م : (**أن المانع**) ش : من الخلوة الصحيحة م : (**إن كان شرعيًا**) ش : كالصلاة والصوم ونحوهما م : (**تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة**) ش : أي لثبوت تمكنه من الوطء حقيقة بلا شك ، ولكن لا يتمكن شرعًا فدارت بين الوجوب وعدمه ، فتجب احتياطًا لجواز أنها لا تتأتى بالمانع الشرعي .

م : (**وإن كان**) ش : أي المانع (**حقيقيًا كالصغر والمرض لا تجب**) ش : أي العدة م : (**لانعدام التمكن**) ش : من الوطء م : (**حقيقة**) ش : قال الأترازي : بيانه أن في كل موضع يتمكن من الوطء حقيقة لكن تمتنع لمانع يجب فيه العدة ، وفيه الرتق يتصور الوطء بالفتق ، وفي المجبوب ، وفي كل موضع لا يتمكن من الوطء حقيقة كالمريض السخيف ، والصغير أو الصغيرة، لا تجب العدة ، كذا في «فتاوى الصغرى» .

أما المهر في الرتق فقال في كتاب الصلاة في باب المراجعة : إذا خلا بها ثم طلقها يجب عليه نصف المهر ، قال الصدر الشهيد : وفي «شرح الجامع الصغير» : ومن المتأخرين من قال : الصحيح أن المذكور على قولهما ، وعلى قول أبي حنيفة تصح الخلوة، ويجب المهر كاملاً كالمجبوب ، قال : لكن هذا خلاف ظاهر الرواية ، وقال صاحب «الأجناس» : اتفقت الروايات أنه يجب نصف المهر وهو الأصح .

وفي «شرح الطحاوي» : أقيم الخلوة مقام الوطء في بعض الأحكام لتأكد المهر وثبوت النسب ووجوب العدة والنفقة والسكنى في العدة ، وحرمة نكاح خمسًا ، أربع سواها في هذه العدة دون البعض كالإحصان ، أي لا يصير محصنًا بالخلوة وحرمة البنات والإحلال للزوج الأول ، والرجعة ، والإرث ، حتى لو طلقها ومات وهو في العدة لم ترث ، وفي وقوع الطلاق في هذه العدة اختلاف ، والصحيح أنه يقع طلاق آخر في هذه العدة ؛ لأن الأحكام لما اختلفت في هذا الباب وجب القول بالوقوع احتياطًا ، وفي حرمة البنت في هذه العدة عن طلاق بائن اختلاف ، فعن محمد يحرم خلافًا لأبي يوسف ، والخلوة الصحيحة في النكاح لا توجب العدة .

وذكر العتابي تكلم مشايخنا في العدة الواجبة بالخلوة الصحيحة أنها واجبة ظاهرًا على الحقيقة ، فقيل : لو تزوجت وهي متعينة لعدم الدخول حل لها ديانة لا قضاء ، والموت أقيم مقام الدخول في حكم المهر والعدة ، وفيما سواها من الأحكام كالعدة ، وفي «شرح القاضي

وقد سمى لها مهراً

وقال الشافعي - رحمه الله - : تجب لكل مطلقة إلا لهذه ؛ لأنها وجبت صلة من الزوج ؛ لأنه

خان» : فإن ماتت الأم قبل أن يدخل بها فابنتها له حلال .

م : (قال) ش : القدوري : م : (**وتستحب المتعة لكل مطلقة إلا مطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها ، وقد سمى لها مهرًا**) ش : صدر الكلام يدل على عموم استحباب المتعة لكل مطلقة ، لأن لفظ كل إذا أضيف إلى النكرة يقتضي عموم الإفراد ، ثم استثنى منه هذه المطلقة المذكورة ، قال صاحب «المنافع» : وقع الاشتباه هنا في الاستثناء في صدر الكلام ، أما الاستثناء فإنه ذكر في « المبسوط » والحق أن المتعة تستحب للتي طلقها قبل الدخول ، وقد سمى لها مهرًا ، فتعذر الاستثناء على هذا .

وأما صدر الكلام فإن المتعة واجبة للتي طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهرًا ، قال : والجواب أن المتعة في المستثنية ليست بمستحبة عند القدوري ، فقد ذكر في شرحه أن المتعة واجبة ومستحبة ، فالواجبة للتي طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهراً ، والمستحبة لكل مطلقة إلا التي طلقها قبل الدخول ، وقد سمى لها مهرًا ، والمراد من قوله : لكل مطلقة غير التي يجب لها المتعة ؛ لأنه بين حكم هذه قبل هذا .

وقال الأترازي : معنى كلام القدوري تستحب المتعة لكل مطلقة سوى التي تقدم ذكرها ، وهي التي طلقها قبل الدخول ، وقبل التسمية ، فإن متعتها واجبة إلا لمطلقة واحدة ، وهي التي طلقها قبل الدخول بعد التسمية ، فإن متعتها ليست بواجبة ولا مستحبة حكمًا للطلاق ، ولو كان مستحبًا لكان لمعنى آخر كما في قوله في صلاة الفطر : ولا يكبر في طريق المصلى عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ، أي حكمًا للعيد ، ولكن لو كبر لأنه ذكر الله تعالى يجوز ويستحب ، وهذا اختيار صاحب «الهداية» ، وعلى رواية صاحب «المختلف» وغيره أن المتعة المستثناة أيضًا مستحبة ، فلا يصح الاستثناء على روايتهم .

وقال «صاحب الكافي» : قوله :- تستحب المتعة . . . إلى آخره - يريد به المطلقة بعد الدخول في نكاح فيه تسمية أولاً ، والمطلقة قبل الدخول في نكاح فيه تسمية إلا المفوضة ، فإنه يجب فيها .

وقال الكاكي : إنه ورد الإشكال في الاستثناء وصدر الكلام المذكورين ، ثم أجاب عن الأول : بأن المصنف اتبع القدوري ، فذكر ما ذكرناه ، ثم قال : لأن من نفى الاستحباب أراد به الاستحباب الناشئ من دفع وحشة الفراق ، وهو معدوم في المستثنى ، وظهرت المخالفة بين المستثنى والمستثنى منه من هذا الوجه .

وعن الثاني بأنه أجرى لفظ الاستحباب على العموم ، وأراد به حقيقة في البعض ، وهي

أوحشها بالفراق إلا أن في هذه الصورة نصف المهر طريقة المتعة ، لأن الطلاق فسخ في هذه

التي طلقها بعد الدخول ، وقبل الدخول سمى لها مهرًا أو لا ، مجازًا أي الوجوب في البعض ، وهي التي طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهرًا ، وفي الوجوب استحباب وزيادة ، وهذا واضح عند مشايخ العراق ؛ لتجويزهم الجمع بين الحقيقة والمجاز عند اختلاف المحل . وقال الكاكي أيضًا : أو يقال : إنه أراد به كل مطلقة غير التي يجب لها المتعة ؛ لأنه بين حكمها سابقًا ، فدل سبق ذكرهما على أنه أراد بهذا العموم وغيرها كيلا يلزم التكرار في البعض أو التناقص .

وقال السروجي - بعد أن ساق كلام المصنف - : وتستحب المتعة إلى قوله : - وقد سمى لها مهرًا - و في بعض النسخ - ولم يسم لها مهرًا - انتهى .

قلت : قال في «المجتبى» : المكتوب في النسخ : المتعة إلا التي طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهرًا ، وهكذا صح الإمام ركن الأئمة الساغبي في شرحه للقدوري ، انتهى .

قلت : على هذه النسخة لا يبقى الإشكال .

وقال تاج الشريعة : قوله : وتستحب المتعة لكل مطلقة اعلم أن المتعة واجبة لمطلقة واحدة وهي التي مر ذكرها في الكتاب ، ومستحبة لمطلقتين إحداهما التي طلقها زوجها بعد الدخول ولم يسم لها مهرًا ، والأخرى التي طلقها بعد الدخول وقد سمى لها مهرًا ، والتي طلقها قبل الدخول بعد التسمية لا تكون المتعة واجبة لها ، ولا مستحبة وهي الصورة المستثناة في الكتاب ، فصار قوله : - وتستحب المتعة لكل مطلقة- أي تستحب لكل مطلقة غير تلك المطلقة التي وجبت متعتها إلا المطلقة الواحدة .

فالحاصل أن المطلقات أربع ؛ لأنها لا تخلو إما أن كانت مدخولاً بها ، أو لم تكن ، فإن لم تكن فلا يخلو أن كان مهرها مسمى ، أو لم يكن ، فإن لم يكن فهي التي وجبت لها المتعة ، وإن كان مهرها مسمى فهي الصورة المستثناة ، التي لا يستحب لها ولا تجب ، وإن كانت مدخولاً بها فلا تخلو ، إما أن كان مهرها مسمى أولا ، وأما إن كان يلزم القسمان الآخران ، وهما اللتان يستحب لهما المتعة .

م : (**وقال الشافعي: تجب**) ش : أي المتعة م : (**لكل مطلقة إلا لهذه**) ش : وهي التي طلقها قبل الدخول بعد تسمية المهر ، فليست المتعة عنده واجبة لها على القول الجديد ، وعلى قوله القديم تجب المتعة ، وبقوله قال أحمد في رواية ، وفي رواية مثل قولنا ، وقال مالك : إنها مستحبة في الجميع .

م : (**لأنها**) ش : أي لأن المتعة م : (**وجبت صلة من الزوج**) ش : وليست بعوض ولهذا اختلف بيسار الزوج وإعساره ، والأعواض لا تختلف كمال من عليه (**لأنه**) ش : لأن الزوج

الحالة ، والمتعة لا تتكرر . ولنا أن المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة؛ لأنه سقط مهر المثل ووجبت المتعة ، والعقد يوجب العوض ، فكان خلفاً ، والخلف لا يجامع الأصل ولا شيئاً منه، فلا تجب مع وجوب شيء من المهر وهو غير جان في الإيحاش فلا تلحقه الغرامة به ، فكان من باب الفضل .

وإذا زوج الرجل بنته على أن يزوجه المزوج بنته أو أخته ليكون أحد العقدين عوضاً عن الآخر ،

م:(**أوحشها بالفراق**) ش : فأوجبناها صلة ؛ رفعًا لوحشة الفراق .

م : (**إلا أن في هذه الصورة**) ش : أي المستثناة م : (**نصف المهر**) ش : منصوب لأنه اسم ، لأن وطريقة المتعة مرفوع لأنه خبر إن ، وتقدير الكلام للمستثناة نصف المهر يجب م : (**بطريق المتعة ، لأن الطلاق فسخ**) ش : معنى م : (**في هذه الحالة**) ش : أي في الطلاق قبل الدخول يعود مالها إليها سالمًا ، وذلك يقتضي سقوط المهر كله ، كما في فسخ البيع ، لكن الشرع أوجب نصف المهر بطريق المتعة .

م : (**والمتعة لا تتكرر**) ش : فلا يجب المتعة لهذه المطلقة مع نصف المهر ، وقيل : قوله : - وطريق المتعة - وقع اختيار بعض المتأخرين من أصحابنا حيث قالوا : الطلاق في هذه الحالة فسخ فيسقط جميع المسمى ، وإنما يجب نصفه على طريق المتعة ، وأما الآخرون منهم قالوا : يبقى نصف المهر ، وسقط نصفه بالطلاق ، لقوله تعالى : ﴿**فنصف ما فرضتم**﴾ (البقرة : الآية ٢٣٧) .

م : (**ولنا أن المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة**) ش : بكسر الواو ، وهي التي طلقها قبل الدخول ، ولم يسم لها مهرًا ، أو تزوجها على أن لا مهر لها ،م : (**لأنه**) ش : أي لأن الشأن م:(**سقط مهر المثل**) ش : بالطلاق قبل الدخول م : (**ووجبت المتعة، والعقد**) ش : أي والحال أن العقد م : (**يوجب العوض**) ش : لا ينفك عنه لقوله تعالى : ﴿ **أن تبتغوا بأموالكم** ﴾ (النساء : الآية ٢٤) م : (**فكان خلفًا**) ش : عن مهر المثل كالتيمم مع الوضوء م : (**والخلف لا يجامع الأصل**) ش : فلا تجب المتعة بوجوب المهر لكل المفروض عند الطلاق بعد الدخول أو بعض المفروض قبله م : (**ولا شيئًا منه ، فلا تجب**) ش : أي المتعة م : (**مع وجوب شيء من المهر ، وهو غير جان في الإيحاش**) ش : جواب عن حرف الخصم ، وهو قوله : أوحشها بالفراق ، وتقديره سلمنا أنه أوحشها بالفراق لكنه لم يكن في ذلك الإيحاش جانيًا ؛ لأنه فعل حاصل بإذن الشرع .

م : (**فلا تلحقه الغرامة به**) ش : أي بالإيحاش ، وذلك لأن الطلاق مباح شرعًا ، وربما يكون مستحبًا إذا كانت المرأة سليطة أو تاركة للصلاة أو خافا أن لا يقيما حدود الله ، قيل : هذا مما يعلم ولا يفتى به كما في صورة المرأة الصاخبة والزوج مدمن خمر ، أو يطلقها ثلاثًا ولا يتزوجها؛ فإنه يجوز لها أن تدفع السم إلى زوجها فتقتله م : (**فكان من باب الفضل**) ش : أي فكانت المتعة من باب الإحسان ، وإنما قال - فكان - على تأويل المشاع ، والمتعة بمعنى واحد أو على تأويل فعل

فالعقدان جائزان ، ولكل واحدة منهما مهر مثلها .

وقال الشافعي -رحمه الله- : يبطل العقدان؛ لأنه جعل نصف البضع صداقاً ، والنصف

المتعة .

م : (**وإذا زوج الرجل بنته على أن يزوجه المزوج بنته، أو أخته ؛ ليكون أحد العقدين عوضًا عن الآخر فالعقدان جائزان ، ولكل واحدة منهما مهر مثلها**) ش : هذا النكاح يسمى نكاح الشغار من الشغور ، وهو الرفع والإخلاء ، يقال : شغر البلد إذا خلا عن الناس، والبلد شاغرة إذا لم تمنع من غارة أحد ، وسمي هذا النكاح بذلك لخلوه عن المهر ، وهو من أنكحة الجاهلية .

وقال ﷺ : «**لا شغار في الإسلام**» وقيل : هو من الرفع ، يقال : شغر الكلب إذا رفع رجليه ليبول ، وفيه قولان ، قيل : سمي به ؛ لأنهما رفعا المهر من العقد ، وقيل : معناه لا ترفع رجل بنتي حتى أرفع رجل بنتك لأهل الجاهلية ، ذكره الغرابي في «الوسيط والبسيط» ، وقيل : الشغار البعد ، فكأنه بعد عن الحق في نفي المهر ، وأشغر في الفلاة أبعد فيها .

فإن قلت : قوله عليه السلام : « **لا شغار في الإسلام** »[1] حديث صحيح أخرجه الجماعة من حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنه ، وأخرجه الترمذي أيضًا من حديث عمران بن حصين ، وأخرجه مسلم من حديث جابر -رضي الله تعالى عنه- ، ولفظه : «نهى رسول الله ﷺ عن الشغار » .

قلت : النهي الوارد فيه إنما كان من أجل خلائه عن تسمية المهر ، وتركه بالكلية عادة الجاهلية لا لعين النكاح ، فأشبه البيع وقت النداء والنكاح لا يبطله خلوه من تسمية المهر كالمفوضة ، ولا فساد تسميته كالصداق المجهول ، وملك الغير والآبق ولا تسمية بما ليس بمال كالميتة والدم ، ولا بتسمية ما ليس بمتقوم كالخمر والخنزير ، وقد نص إمام الحرمين على أن خلوه لا يبطله ولا يشترط آخر في النكاح ؛ لأنه شرط فاسد والنكاح لا يبطله الشروط الفاسدة . قوله : في الكتاب عوضًا عن الآخر قيد به ؛ لأنه لو لم يقل على أن يكون بضع كل واحدة صداقًا للآخر يجوز النكاح ولا يكون شغارًا بإجماع الأئمة الأربعة . وأما إذا قال : زوجتك بنتي ، على أن تزوجني ابنتك ، على أن يكون نكاح كل واحدة منهما صداقًا للأخرى ، فإنه ينعقد النكاح عندنا ، ولكل واحدة منهما مهر المثل ، وكذا إذا قال في الأختين أو الابنتين .

---

(١) رواه الترمذي [١١٢٣] عن حميد الطويل قال : حدث الحسن عن عمران بن حصين . . . مرفوعًا . قال أبو عيسى : هذا حديث حسن صحيح .

قلت: قال أحمد : لا يصح له - أي الحسن - السماع من جندب ، ولا معقل بن يسار ، ولا عمران بن حصين ، ولا من أبي هريرة ، وهو على هذا منقطع .

الآخرمنكوحًا ، ولا اشتراك في هذا الباب ، فبطل الإيجاب . ولنا : أنه سمى ما لا يصلح صداقاً فيصح العقد ويجب مهر المثل ، كما إذا سمى الخمر والخنزير، ولا شركة بدون الاستحقاق . وإن تزوج حر امرأة على خدمته إياها سنة ،

أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها . وقال محمد : لها قيمة خدمته سنة ، وإن تزوج عبد امرأة

(**وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه : يبطل العقدان**) ش : ، وبه قال مالك وأحمد ، واحتجوا بالحديث ، وأجبناه عن قريب ، وبقوله قال عطاء ، وعمرو بن دينار ، ومكحول ، والزهري ، والثوري . وقال الأوزاعي : إن كان دخلا بهما فلهما مهر مثلهما ، وقبل الدخول يفسخ ويفسد العقد ، وقال عطاء : المشاغران يقران على نكاحهما ، ويؤخذ لكل واحدة صداق وبه يبطل تشاغرهما ، ولم يستدل المصنف للشافعي في هذا بالحديث ، بل استدل له بالمعقول حيث قال :

م : (**لأنه**) ش : أي لأن الرجل الذي زوج بنته على أن يزوجه الرجل بنته م : (**جعل نصف البضع**) ش : من كل واحدة منهما م : (**صداقًا، والنصف الآخر منكوحًا ، ولا اشتراك في هذا الباب**) ش: أي في باب النكاح ؛ لأن البضع الواحد لا يكون مشتركًا بين شخصين ، كما إذا زوجت المرأة نفسها من رجلين ، وإذا لم يصح الاشتراك م : (**فبطل الإيجاب**) ش : وإذا بطل الإيجاب بطل العقد .

م : (**ولنا أنه سمى ما لا يصلح صداقًا ، فيصح العقد ويجب مهر المثل ، كما إذا سمى الخمر والخنزير**) ش : بأن تزوجها على خمر أو خنزير م : (**ولا شركة بدون الاستحقاق**) ش : هذا جواب الخصم ، وبيانه أن البضع لما لم يصلح صداقاً لم يتحقق الاشتراك ؛ لأن منافع بضع المرأة لا تصلح أن تكون مملوكة لامرأة أخرى ، فبقي هذا شرطاً فاسدًا ، والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة .

م : (**وإن تزوج حر امرأة على خدمته إياها سنة، أو على تعليم القرآن**) ش : أي تزوجها على أن يعلمها القرآن صح النكاح م : (**فلها مهر مثلها**) ش : في الصورتين ، وبصورة تعليم القرآن ، مثل قولنا قال مكحول ، والليث ، ومالك ، وإسحاق ، وأحمد في رواية، واختاره أبو بكر من الحنابلة، وابن الجوزي في « التحقيق » ؛ لأنه عبادة وليس بمال ، وشرع النكاح بالمال، فصار كالصوم والصلاة وتعليم الإيمان ، ومعنى حديث الواهبة نفسها وقوله عليه السلام : « **زوجتكها بما معك من القرآن** » ، أي من أجل أنك من أهل القرآن ، أو ببركة ما معك من القرآن، كتزوج أبي طلحة على إسلامه .

م : (**وقال محمد: لها قيمة خدمته سنة**) ش : والمسألة من مسائل القدوري ، ولكنه ذكرها على الاتفاق ، ولم يذكر خلاف محمد ، والمصنف ذكره اتباعًا لرواية «الجامع الصغير»، فإنه قال فيه : محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل تزوج امرأة على خدمتة سنة ، قال : إن كان حراً فلها

حرة بإذن مولاه على خدمته سنة جاز ، ولها خدمته سنة ، وقال الشافعي -رحمه الله- : لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين ، لأن ما يصلح أخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهراً عنده ؛ لأن بذلك تتحقق المعاوضة، فصار كما إذا تزوجها على خدمة حر آخر برضاها أو على رعي الزوج غنمها . ولنا أن المشروع إنما هو الابتغاء بالمال ، والتعليم ليس بمال ، وكذلك المنافع على أصلنا ، وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته ، ولا كذلك الحر ،

ولأن خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح؛ لما فيه من قلب الموضوع بخلاف خدمة

مهر مثلها ، وإن كان عبداً فلها خدمة سنة .

وقال محمد : لها خدمة سنة إن كان حراً ، قال فخر الإسلام البزدوي في «شرح الجامع الصغير» : قال الفقيه أبو جعفر : ينبغي أن يكون قول أبي يوسف مثل قول محمد ، وقال بعض مشايخنا : إن قوله مثل قول أبي حنيفة .

م : (**وإن تزوج عبد امرأة حرة بإذن مولاه على خدمته سنة جاز، ولها خدمته سنة**) ش : لما فيه من تسليم رقبته والعبد من الأموال يباع في الأسواق ، ويعرض عرض الدواب ، وقد سلبت عنه كرامات البشر .

م : (**وقال الشافعي: لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين**) ش : أي في الحر والعبد ، وبه قال مالك وأحمد ، وكذا الخلاف لو تزوجها وجعل مهرها طلاق الغير ، أو العفو عن القصاص ، فعندنا يجب مهر المثل ، وعندهم المسمى م : (**لأن ما يصلح أخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهراً عنده**) ش : أي عند الشافعي ، لأن المقصود تحقق المعاوضة .

م : (**لأن بذلك تتحقق المعاوضة ، فصار كما إذا تزوجها على خدمة حر آخر برضاها ، أو على رعي الزوج غنمها**) ش : أي أو تزوجها على أن يرعى غنمها سنة فلا ، وكذا إذا تزوجها على أن يزرع أرضها سنة .

م : (**ولنا أن المشروع**) ش : أي في عقد النكاح م : (**إنما هو الابتغاء بالمال**) ش : أي الطلب بالمال لقوله تعالى : ﴿ **أن تبتغوا بأموالكم** ﴾ (النساء : الآية ٢٤) ، م : (**والتعليم ليس بمال**) ش : أي تعليم القرآن ليس بمال ، فضلاً أن يكون متقوماً .

م : (**وكذلك المنافع**) ش : غير متقومة م : (**على أصلنا**) ش : لأنها أعراض لا تبقى زمانين ، وتقومها في العقد على خلاف القياس م : (**وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته**) ش : أي رقبة العبد ، كما في الإجارة م : (**ولا كذلك الحر**) ش : لأنه يتضمن تسليم رقبته ، وعلى هذه النكتة يقع جواز النكاح على خدمة آخر ، ورعي الغنم ، قاله الأكمل .

وفي «المحيط» : ولو تزوجها على خدمة حر آخر فالصحيح صحته ، ويرجع على الزوج

حر آخر برضاه ، لأنه لا مناقضة فيه ، وبخلاف خدمة العبد ؛ لأنه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها بإذنه وبأمره بالنكاح ، و بخلاف رعي الأغنام ؛ لأنه من باب القيام بأمور الزوجية ، فلا مناقضة على أنه ممنوع في رواية ، ثم على قول محمد - رحمه الله - تجب قيمة الخدمة ؛ لأن المسمى مال إلا أنه عجز عن التسليم لمكان المناقضة

بقيمة حرمته وعلى رعي غنمها وزراعة أرضها يجوز في رواية ، ولا يجوز في رواية .

وفي « المرغيناني » روايتان : ولو تزوج العبد على رقبته بإذن مولاه أمة أو مدبرة أو أم ولد جاز ، ولو تزوج عليها حرة أو مكاتبة لا يجوز ، ولا ينفذ بقيمته ؛ لأن المنع من جهة الشرع ، لا من جهة المال ، بخلاف عبد الغير ، حيث يصح النكاح ، وتجب قيمته .

م : (**ولأن خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه**) ش : أي لما في استحقاق خدمة الزوج الحر م : (**من قلب الموضوع**) ش : لأن موضوع النكاح أن يكون الزوج مالكًا ، قال الله تعالى : ﴿ **الرجال قوامون على النساء** ﴾ (النساء : الآية ٣٤) .

والمراد بالقوامة المالكية ، ومقتضى النكاح أن تكون المرأة خادمة ، والزوج مخدوماً ، لقوله عليه السلام : « النكاح رق »، وفي جعله خدمته مهرًا كان الرجل خادمًا ، والمرأة مخدومة ، وهذا خلاف موضوع النكاح بلا خلاف .

م : (**بخلاف خدمة حر آخر برضاه ؛ لأنه**) ش : يصلح أن يكون مهرًا ؛ لأنه مسلم من رقبته كالمستأجر م : (**لا مناقضة فيه ،وبخلاف خدمة العبد ؛ لأنه يخدم مولاه معنى**) يعني من حيث المعنى .

م : (**حيث يخدمها بإذنه وبأمره بالنكاح ، وبخلاف رعي الأغنام ؛ لأنه من باب القيام بأمور الزوجية**) ش : وليس من باب الخدمة ، لأنهما يشتركان في منافع أموالهما فلم تتمحض الخدمة ، ألا ترى أن الابن إذا استأجر أبيه للخدمة لا يجوز ، ولو استأجره لرعي الغنم والزراعة وغيرها يجوز ، وكيف وقد وقع التنصيص في قصة شعيب عليه السلام ،وشريعة من قبلنا تلزمنا ، إذا نص الله ورسوله بلا إنكار .

م : (**فلا مناقضة على أنه ممنوع في رواية**) وهي رواية الأصل «الجامع» وهو الأصح، ويجوز على رواية ابن سماعة ، وعللها بقوله لأنه من باب القيام بأمور الزوجية م : (**ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة ؛ لأن المسمى**) وهي الخدمة م : (**مال**) ش : يرد العقد عليها إذ المنفعة تصير مالاً بإيراد العقد عليها .

م : (**إلا أنه عجز عن التسليم**) ش : أي عن تسليم الخدمة م : (**لمكان المناقضة**) ش : وهي كون

فصار كالتزوج على عبد الغير . وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- يجب مهر المثل ؛لأن الخدمة ليست بمال ، إذ لا تستحق فيه بحال ، فصار كتسمية الخمر والخنزير ، وهذا لأن تقومه بالعقد للضرورة ، فإذا لم يجب تسليمه في العقد لم يظهر تقومه فيبقى الحكم على الأصل وهو مهر المثل ، فإن تزوجها على ألف فقبضتها ووهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمسمائة ؛لأنه لم يصل إليه بالهبة عين ما يستوجبه ؛ لأن الدراهم والدنانير لا تتعينان في العقود والفسوخ ،

المخدوم خادمًا ، والخادم مخدومًا ، وهي ممنوعة عن استخدام الزوج شرعًا فتكون لها قيمة المسمى م : (**فصار كالتزوج على عبد الغير**) ش: فاستحق ، فلزم قيمته . م : (**وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف يجب مهر المثل ؛ لأن الخدمة**) ش: أي خدمة الحر م : (**ليست بمال إذ لا تستحق فيه**) ش: أي لا تستحق الخدمة في النكاح ، قال الرازي : سماعًا في هذا الموضع بكلمة أو التي هي موضوعة لأحد الشيئين على أن تكون هذه الجملة دليلاً ثانيًا ، بيانه أن مهر المثل إنما وجب لأحد الأمرين، إما لأن خدمة الزوج الحر ليست بمال، أو لأن خدمته لها لا تعتبر مستحقة في النكاح .

م : (**بحال**) ش: يعني أصلا ، لأن المنافع ليست بمال متقوم حقيقة ، لعدم الإحراز وتقومها المعقود للضرورة شرعًا ، بخلاف القياس ، وإذا منعنا الشرع عن تسليم هذه المنفعة لمكان المناقضة لم يثبت تقومها لما ذكرنا أن فيه قلب الموضوع ، م : (**فصار كتسمية الخمر والخنزير**) ش: إذا عقد ، وسماهما ، أو إحداهما ، فإنه يجب مهر المثل .

م : (**وهذا لأن تقومه بالعقد للضرورة ، فإذا لم يجب تسليمه**) ش: أي تسليم ما ليس بمال م : (**في العقد لم يظهر تقومه ، فيبقى الحكم على الأصل وهو مهر المثل**) ش: إذ مهر المثل هو الأصل في النكاح .

م : (**فإن تزوجها على ألف**) ش: أي بأن تزوج امرأة ، وجعل صداقها ألف درهم م : (**فقبضتها**) أي فقبضت المرأة الألف الصداق م : (**ووهبتها له**) ش: أي للزوج م : (**ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها**) ش: أي رجع الزوج على المرأة م : (**بخمسمائة**) ، وهي نصف المهر ، وبه قال الشافعي . وقال: في الأظهر لا يرجع كما في «العين» ،وبه قال مالك وأحمد في رواية م : (**لأنه**) أي لأن الزوج م : (**لم يصل إليها بالهبة**) ش: أي هبة الألف التي قبضتها ثم وهبتها له م : (**عين ما يستوجبه**) أي عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول ؛ **لأنه يستحق به نصف المهر** والمقبوض ليس بمهر ، بل هو عوض عنه ، وهذا لأن المهر دين في الذمة ، والمقبوض عين ، فكان مثله لا عينه ، فصارت هبة المقبوض كهبة مال آخر ، وحقه في سلامة نصف الصداق ، فلم يسلم له الرجوع وهذا م : (**لأن الدراهم والدنانير لا تتعينان في العقود والفسوخ**) عندنا فصار كهبة مال آخر .

وكذا إذا كان المهر مكيلاً ، أو موزوناً أو شيئًا آخر في الذمة ؛ لعدم تعينها . فإن لم تقبض الألف حتى وهبتها له ، ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء في قولهم جميعًا ، وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق ، وهو قول زفر -رحمه الله- ؛ لأنه سلم المهر له بالإبراء، فلا تبرأ عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول . ووجه الاستحسان أنه وصل إليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول، وهو براءة ذمته عن نصف المهر ، ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود . ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الألف كلها المقبوض وغيره ، أو وهبت الباقي ثم طلقها قبل

م : (**وكذا**) ش: أي وكذا يرجع عليها بالنصف م : (**إذا كان المهر مكيلاً ، أو موزونًا ، أو شيئًا آخر في الذمة**) ش: كالعدة ، وليس في الكثير من النسخ لفظ أو شيئًا ؛ بل هو أو موزونًا آخر بلفظ : آخر صفة الموزون .

وقال الأترازي : أو موزونًا آخر غير الدراهم والدنانير - **يعني غير مقبوض بأن تزوجها** ، وجعل مهرها كذا وكذا أكرًا من الحنطة ، أو الشعير ، أو كذا وكذا رطلاً من الأشياء التي توزن ، أو شيئًا آخر عين المكيل والموزون ، وكل ذلك بلا قبض ، وعلل هذا بقوله : م : (**لعدم تعينها**) ش: أي لعدم تعيين هذه الأشياء عند العقد ، ولهذا لم يجب عليها رد عين ما قبضت . م : (**فإن لم تقبض الألف**) ش: أي فإن لم تقبض المرأة الألف التي أصدقها عليها م : (**حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما**) ش: أي من الزوجين م : (**على صاحبه بشيء**) ش: من ذلك م : (**في قولهم جميعًا**) ش: أي في قول أبي حنيفة وصاحبيه استحسانًا .

م : (**وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر ؛ لأنه**) ش: أي لأن الزوج م : (**سلم المهر له بالإبراء**) وما سلم له بالإبراء غير ما يستحقه بالطلاق وهو براءة ذمته عما عليه من نصف المهر بالطلاق قبل الدخول فالزوج سلم له غير ما يستحقه م : (**فلا تبرأ**) ش: أي المرأة م : (**عما يستحقه**) ش: أي الزوج م : (**بالطلاق قبل الدخول**) ش: ، فالزوج يسلم له وهو النصف .

م : (**ووجه الاستحسان أنه**) ش: أي أن الزوج م : (**وصل إليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو براءة ذمته عن نصف المهر**) ش: لكن بسبب آخر وهو الإبراء م : (**ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود**) ش: وهو براءة ذمة الزوج عن نصف المهر ؛ لأن الأسباب غير مطلوبة لذاتها بل لأحكامها ، ألا ترى أن من يقول لآخر : لك علي ألف درهم ثمن هذه الجارية التي اشتريتها منك ، وقال الآخر : الجارية جاريتك ولي عليك ألف ، لزمه المال لحصول المقصود ، وإن كذبه في السبب وهو بيع الجارية .

م : (**ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الألف كلها المقبوض وغيره ، أو وهبت الباقي ثم طلقها قبل**

الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء، عند أبي حنيفة -رحمه الله-. وقالا: يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتباراً للبعض بالكل، ولأن هبة البعض حط فيلحق بأصل العقد، ولأبي حنيفة -رحمه الله- أن مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض، فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق، والحط لا يلتحق بأصل العقد في النكاح، ألا ترى أن الزيادة فيه لا تلتحق حتى لا تتنصف، ولو كانت وهبت أقل من النصف وقبضت الباقي فعنده يرجع عليها إلى تمام النصف، وعندهما ينتصف المقبوض. ولو كان تزوجها على عرض

الدخول بها لم يرجع أحدهما بشيء على صاحبه عند أبي حنيفة) ش: أي فيما يتعين وفيما لا يتعين، وبه قال الشافعي في وجه، وهو الأصح، وفي وجه: يرجع عليها بنصف الصداق، وهو قول زفر، وهو القياس.

م: (**وقالا: يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتبارًا للبعض بالكل)** ش: يعني لو قبضت الكل، ثم وهبت للزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف ما قبضت، فكذا إذا قبضت البعض م:(**ولأن هبة البعض حط، فيلحق بأصل العقد)** ش: أي البعض الذي لم يقبضه حط والحط يلحق بأصل العقد، فكأنه تزوجها قبل الخمسمائة المقبوضة ابتداء.

م: (**ولأبي حنيفة أن مقصود الزوج قد حصل)** ش: وقد فسر مقصوده، بقوله: م: (**وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض)** ش:ش :ش :وقد حصل م: (**فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق)** ش: كمن له على آخر دين مؤجل، فاستعجل قبل حلول الأجل م: (**والحط لا يلتحق بأصل العقد في النكاح)** ش: لأنه ليس بعقد معاينة، ولا مبادلة مال بمال، فلا تقع الحاجة إلى دفع العين، فلا يلتحق بأصل العقد، وإنما يلتحق في البيع فإنه عقد معاينة ومبادلة مال بمال، ومرابحة مع الحاجة إلى دفع العين، ثم استوضح ذلك بقوله.

م: (**ألا ترى أن الزيادة فيه لا تلتحق حتى لا تتنصف)** ش: وكذا الحط لا يلتحق، لأن الحط والزيادة شيئان، فإذا لم يلتحق الحط لا تلتحق الزيادة، ألا ترى أنها لو حطت عن الزوج إلا خمسة لم يكمل لها عشرة اعتباراً بالابتداء، ولو التحق الحط بأصل العقد يكمل، ولو انتصف ولم تهب الباقي حتى طلقها لم ينتصف الباقي اعتباراً بالابتداء. م: (**ولو كانت وهبت أقل من النصف. وقبضت الباقي فعنده يرجع عليها إلى تمام النصف)** صورته: تزوجها على ألف، فوهبت منه مائتين، وقبضت الباقي، فعند أبي حنيفة يرجع عليها بثلاثمائة درهم حتى يتم النصف.

م: (**وعندهما ينتصف المقبوض)** ش: يعني يرجع عليها بأربعمائة؛ لأنه عنده ما سلم للزوج العين، وعندهما المقبوض معتبر، فكأنه تزوجها على ما قبضت فينتصف المقبوض.

م: (**ولو كان تزوجها على عرض)** ش: وفي «الكافي»: تزوجها على ما يتعين بالتعيين كالعرض، وفي «جامع قاضي خان» والمكيل والموزون إذا كان **عينًا** فهو بمنزلة العروض، وإن كان

فقبضته أو لم تقبض ، فوهبت له ، ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء ، وفي القياس، وهو قول زفر - رحمه الله- عليها بنصف قيمته ؛ لأن الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره. وجه الاستحسان : أن حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها ، وقد وصل إليه ، ولهذا لم يكن لها دفع شيء آخر مكانه ، بخلاف ما إذا كان المهر ديناً ، وبخلاف ما إذا باعت من زوجها؛ لأنه وصل إليه ببدل . ولو تزوجها على حيوان ، أو عروض في الذمة فكذلك الجواب ؛ لأن المقبوض متعين في الرد ،

دينًا فهو بمنزلة الدراهم م : (**فقبضته أو لم تقبضه**) ش: سواء في حكم المسألة م : (**فوهبته له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء**) ش : استحسانًا وبه قال الشافعي في القديم ، وفي الجديد يرجع، وهو قول مالك ، وأحمد في رواية ، وهو قول زفر .

م : (**وفي القياس . وهو قول زفر رجع عليها بنصف قيمته ؛ لأن الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره**) ش: يعني في قوله : لأنه يسلم لها المهر في الإبراء فلا تبرأ بما تستحقه .

م : (**وجه الاستحسان: أن حقه**) ش: أي حق الزوج م : (**عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها**) ش: بلا عوض م : (**وقد وصل إليه**) ش: عين المهر بلا عوض من جهتها ، فحصل مقصوده، فلا يرجع بشيء ، كما عجل الدين المؤجل قبل حلول الأجل ، وكمن عجل الزكاة قبل الحلول .

م : (**ولهذا**) ش: أي ولأجل حصول حقه إليه م : (**لم يكن لها دفع شيء آخر مكانه**) ش: أي مكان ما تستحقه بالطلاق قبل الدخول ؛ لتعينه في الرد م : (**بخلاف ما إذا كان المهر دينًا**) ش: يجري فيه العوض كالمكيل والموزون حيث يرجع عليها بالنصف ؛ لأن المقبوض لا يتعين بالرد ، إذ الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها .

م : (**وبخلاف ما إذا باعت**) ش: يعني الصداق المعوض م : (**من زوجها لأنه وصل إليه ببدل**) ش: أي بعوض ؛ لأنه اشتراه منها والسلامة بعوض كلا سلامة ، فلا ينوب عما التحقه بالطلاق ، فيرجع عليها بنصف المهر .

م : (**ولو تزوجها على حيوان**) ش: بأن تزوجها على حمار ، أو فرس أو نحوهما م : (**أو عروض**) أي أو تزوجها على عروض حال كونها م : (**في الذمة**) ش: بأن قال : ثوب هروي بين جنسه ونوعه م : (**فكذلك الجواب**) ش: أي لا يرجع عليها بشيء قبض أو لم يقبض ، وعلى قول الشافعي : لا تصح التسمية ، ويجب مهر المثل .

وعن مالك في رواية وأحمد - في رواية-: بطل النكاح لجهالة المسمى ، وعندنا صح العقد ووجب الوسط ، وأنها لا ترجع بشيء م : (**لأن المقبوض متعين في الرد**) ش: أن الأصل في العرض الحيوان العينية، وثبوته في الذمة على خلاف الأصل للضرورة لما فيه من الجهالة ، وكان

وهذا لأن الجهالة قد تحملت في النكاح ، فإذا عين يصير كـأن التسمية وقعت عليه ، وإذا تزوجها على ألف ، على أن لا يخرجها من البلدة أو على أن لا يتزوج عليها أخرى فإن وفى بالشرط فلها المسمى ؛ لأنه صلح مهراً ، وقد تم رضاها به . وإن تزوج عليها أخرى أو أخرجها فلها مهر مثلها؛ لأنه سمى ما لها فيـه نفع ، فعند فواته ينعدم رضاها بالألف ، فيكمل مهر مثلهـا ، كما في تسمية الكرامة والهدية مع الألف .

ينبغي أن يفسد العقد ، ولكنه صح ووجب الوسط .

م : (**وهــذا**) ش: أشار به إلى شيئين ، أحدهما : جواز النكاح بالحيوان والعروض بلا تعيين، والآخر : إلى أن المقبوض متعين في الرد ، فأشار إلى الأول بقوله : م : (**لأن الجهالة**) ش : يعني عدم التعيين م : (**قد تحملت في النكاح**) ش: لأن مبناه على المسامحة عادة ، وإنما قيد بقوله : تحملت في النكاح احترازًا عن المعاوضات المحضة ، حيث لا يتحمل فيها الجهالة ، كما لو اشترى فرسًا ، أو حمارًا ، لا يجوز لما عرف أن مبناه على المضايقة فيؤدي إلى المنازعة .

وأشار إلى الثاني بقوله: م : (**فإذا عين**) ش: أي عند القبض م : (**يصير كأن التسمية وقعت عليه**) ش : ولو كان كذلك كان متعينًا ، وكذلك إذا عين بالقبض ، وفائدة الأول صحة العقد ، وإن كان المسمى مجهولاً ، ومنع وجود المهر ، وفائدة الثاني عدم رجوع الزوج عليها بشيء إن وهبته له ، وعدم ولاية الاستبدال بغيره ، بخلاف الدراهم والدنانير .

م : (**وإذا تزوجها على ألف**) ش: أي إذا تزوج رجل امرأة على ألف درهم م : (**على أن لا يخرجها من البلدة ، أو على أن لا يتزوج عليها أخرى**) ش: أي أو يتزوج بشرط أن لا يتزوج عليها امرأة أخرى ، فالنكاح صحيح ، وإن كان شرط عدم المسافرة، أو عدم التزويج فهو فاسد ؛ لأن فيه المنع عن الأمر المشروع .

م : (**فإن وفى بالشرط فلها المسمى ؛ لأنه صلح مهرًا**) ش: أي لأنه سمى ما صلح مهرًا؛ لأنه سمى ما لها فيه نفع ، وهو عدم إخراجها من البلد ، وعدم التزوج عليها م : (**وقد تم رضاها به**) ش: أي رضا المرأة بما سمى .

م : (**وإن تزوج عليها أخرى أو أخرجها**) ش: أي من البلدة م : (**فلها مهر مثلها**) ش: وصورة المسألة فيما إذا كان مهر المثل أكثر من الألف م : (**لأنه سمى ما لها فيه نفع**) ش: حتى رضيت بقبض المسمى عن مهر المثل م : (**فعند فواته ينعدم رضاها بالألف ، فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة**) ش: بأن يكرمها ولا يكلفها الأعمال الشاقة م : (**والهدية**) ش: أي وكما في تسمية الهدية م : (**مع الألف**) ش: بأن شرط ما يبعث به كما لو سمى الهدية مع الألف ، بأن يرسل إليها مع الألف الثياب الفاخرة .

وقال زفر: إن شرط لها مع الألف ما هو مال كالهدية، فالجواب هكذا، وإن شرط ما ليس بمال، كطلاق الضرة فليس لها إلا الألف، وفي «المغني»: الشروط في النكاح أقسام ثلاثة:

الأول: يلزم الوفاء به، وهو ما يعود نقصه إليها وهو أن لايخرجها من دارها أو بلدها أو لا يسافر بها أو لا يتزوج عليها ولا يتسرى عليها، فهذه الشروط يلزمه الوفاء بها، فإن لم يف فلها فسخ نكاحها يروى ذلك عن عمر، وسعيد بن أبي وقاص، ومعاوية وعمرو بن العاص - رضي الله تعالى عنهم -.

وبه قال شريح، وعمر بن عبد العزيز، وجابر بن زيد، وطاووس، والأوزاعي، وإسحاق وأبطل هذه الشروط الزهري وقتادة، وهشام بن عروة، والليث والثوري؛ ومالك، والشافعي، وابن المنذر. وقال أبو حنيفة وأصحابه: لكن يكمل لها مهر المثل إن نقصت منه بسبب هذه الشروط.

والثاني: ما يبطل فيه الشروط ويصح النكاح، مثل أن يشترط أن لا يكون لها مهرًا، وأن ينفق عليها، و لا يطأها، أو أن يعزل عنها، أو لا يكون عندها في الجمعة إلا يومًا أو ليلة، أو شرط لها النهار دون الليل، أو شرط عليها أن تنفق عليه أو تقطعه شيئًا من مالها، فهذه الشروط كلها باطلة، لأنها تنافي مقتضى العقد، والنكاح صحيح في الصور كلها؛ لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة.

والثالث: ما يبطل به النكاح وهو التوقيت في النكاح، ونكاح المتعة واشتراط الخيار، وهذا اتفاق، أو يقول: زوجتك إن رضيت أختها أو فلانًا أوجبت بالمهر في وقت كذا، وإلا فلا نكاح بيننا. وذكر أبو الخطاب فيه: وفي خيار الشرط ورضا أمها أو رضا فلان روايتان، أحدهما: النكاح فيها صحيح والشرط باطل، وبه قال أبو ثور، وحكاه عن أبي حنيفة في شرط الخيار، وزعم أنه لا خلاف فيها.

وفي «خزانة الأكمل»: تزوجها على أن أباها بالخيار صح النكاح وبطل الخيار، وإن قال: إن رضي أبي فالنكاح باطل. وقال ابن قدامة عن عطاء وأبي حنيفة، والثوري، والأوزاعي أن من قال في النكاح: إلى وقت كذا، وإلا فلا عقد بيننا أن الشرط باطل والعقد صحيح. وروى منصور عن أحمد أن الشرط والعقد جائزان، وعن مالك والشافعي وأبي عبيد فساد العقد. وفي اشتراط الخيار في الصداق عن الحنابلة ثلاثة أوجه: صحة العقد وبطلان الخيار، وصحتهما وصحة العقد وبطلان الصداق.

م: **(ولو تزوجها على ألف إن أقام بها)** ش: يعني في بلدها م: **(وعلى ألفين إن أخرجها)** ش:

فإن أقام بها فلها الألف ، وإن أخرجها فلها مهر المثل ، **لا يزاد على الألفين ، ولا ينقص عن الألف** ، وهذا عن أبي حنيفة - رحمه الله -، وقالا: **الشرطان جميعاً جائزان ، حتى كان لها الألف إن أقام بها** ، والألفان إن أخرجها . وقال زفر-رحمه الله -: **الشرطان جميعاً فاسدان** ، ويكون لها مهر مثلها ، لا ينقص عن الألف ، ولا يزاد على ألفين . وأصل المسألة في الإجارات في قوله : إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غداً فلك نصف درهم ، وسنبينها فيه إن شاء الله.

ولو تزوجها على هذا العبد ، أو على هذا العبد ، فإذا أحدهما

يعني من بلدها م : (**فإن أقام بها فلها الألف ، وإن أخرجها فلها مهر المثل لا يزاد على الألفين ولا ينقص عن الألف** ، وهذا) ش: أي هذا الحكم م : (**عن أبي حنيفة ، وقالا : الشرطان جميعًا جائزان ، حتى كان لها الألف إن أقام بها ، والألفان**) ش: أي وكان لها الألفان م : (**إن أخرجها**) ش: من بلدها ، فإن أقام بها فلها الألف ، وإن أخرجها فلها مهر مثلها ، لا يزاد على ألفين ولا ينقص .

م : (وقال زفر: **الشرطان جميعًا فاسدان**) ش: وبه قال مالك والشافعي ، وذكر مشايخ العراق قول زفر والحسن كقول أبي حنيفة ذكره في «فتاوي قاضي خان» . وفي «شرح الطحاوي» : وعلى هذا الخلاف ، إذا تزوجها بألف إن كان له امرأة وبألفين إن لم يكن ، أو بألف إن كانت عجمية ، وبألفين إن كانت عربية ، أو بألف إن كانت ثيبًا وبألفين إن كانت بكرًا .

وعن أبي يوسف وغيره : لو تزوجها بألف إن كانت قبيحة ، وبألفين إن كانت جميلة بالإجماع ؛ لأنه لا خطر في التسمية الثانية ، لأن أحد الوجهين ثابتًا جزمًا .

وفي «نوادر ابن سماعة» عن محمد نص على الخلاف فيه ، و لو طلقها قبل الدخول في هذه الفصول فلها نصف الألف عدة م : (**ويكون لها مهر مثلها، لا ينقص عن الألف، ولا يزاد على الألفين**) ش: ولم يذكر المصنف وجوه هذه الأقوال ، وأحالها على باب الإجارة حيث قال .

م : (**وأصل المسألة في الإجارات في قوله: إن خطته اليوم فلك درهم ، وإن خطته غدًا فلك نصف درهم وسنبينها فيه**) ش: أي في كتاب الإجارة م : (**إن شاء الله تعالى**) ش: وجه قول زفر أنه ذكر بمقابلة شيء واحد ، وهو البضع لشيئين مختلفين على سبيل النقد ، وهما الألف والألفان ، فتفسد التسمية للجهالة، ويجب مهر المثل ، وبه قال الشافعي وأبو ثور .

ووجه قولهما : أن ذكر كل واحد من الشرطين تقييد ، فيصحان جميعًا ، وبه قال إسحاق ، وأحمد في رواية .

ووجه قول أبي حنيفة -رضي الله تعالى عنه - : **أن الشرط الأول قد صح لعدم الجهالة فيه، فيتعلق العقد به ، ثم لم يصح الشرط الثاني ؛ لأن الجهالة نشأت منه ولم يفسد النكاح** .

م : (**ولو تزوجها على هذا العبد، أو على هذا العبد فإذا أحدهما**) ش: أي أحد العبدين

أوكس والآخر أرفع ، فإن كان مهر مثلها أقل من أوكسهما فلها الأوكس ، وإن كان أكثر من أرفعهما فلها الأرفع ، وإن كان بينهما فلها مهر مثلها ، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله- . وقالا: لها الأوكس في في ذلك كله. فإن طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الأوكس في ذلك كله بالإجماع . لهما أن المصير إلى مهر المثل لتعذر إيجاب المسمى وقد أمكن إيجاب الأوكس إذ الأقل متيقن ، فصار كالخلع والإعتاق على مال . ولأبي حنيفة -رحمه الله- أن الموجب الأصلي مهر المثل ، إذ هو الأعدل ، والعدول عنه عند صحة التسمية ، وقد فسدت لمكان الجهالة ، بخلاف الخلع والإعتاق على مال ؛ لأنه لا موجب له في البدل ، إلا أن مهر المثل إذا كان أكثر من الأرفع ، فالمرأة رضيت بالحط ، وإن كان أنقص من الأوكس فالزوج رضي بالزيادة ، والواجب في الطلاق قبل الدخول

م : (**أوكس**) ش: من الوكس وهو النقص م : (**والآخر أرفع**) ش: أي أكثر قيمة من الآخر م : (**فإن كان مهر مثلها أقل من أوكسهما فلها الأوكس ، وإن كان أكثر من أرفعهما فلها الأرفع ، وإن كان بينهما**) ش: أي بين الأرفع والأوكس .

م : (**فلها مهر مثلها ، وهذا عند أبي حنيفة .وقالا : لها الأوكس في ذلك كله. فإن طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الأوكس في ذلك كله بالإجماع**) ش: أي بإجماع أصحابنا ، قاعدة هذا أن البدل الأصل عنده مهر المثل ، وعندهما المسمى ، إذا فسدت على ما يجيء الآن ، يخرج ذلك من ذكره تعليل الثلاثة وهو قوله : م : (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد م : (**أن المصير إلى مهر المثل لتعذر إيجاب المسمى وقد أمكن إيجاب الأوكس، إذ الأقل متيقن فصار كالخلع**) ش: على ألف أو ألفين م : (**والإعتاق**) أي وصار كالإعتاق على ألف أو ألفين م : (**على مال**) ش: يرجع إلى الخلع والإعتاق جميعًا ، وكذا الإقرار بالألف أو الألفين .

م : (**ولأبي حنيفة أن الموجب الأصلي مهر المثل ، إذ هو الأعدل**) ش: أي لأن مهر المثل هو الأعدل ، لكونه معادلاً للبضع ، أي مساويًا له بخلاف المسمى ؛ لأنه لا يجوز أن يكون مساويًا ، ويجوز أن لا يكون ؛ لأن قيمة البضع كالقيمة في البيع ، والبضع يتقوم عند العقد م : (**والعدول**) ش: أي عن مهر المثل م : (**عند صحة التسمية**) ش: يعني إنما يجوز العدول عن التسمية عند صحتها ، وها هنا لم تصح م : (**وقد فسدت**) ش: أي التسمية قد فسدت م : (**لمكان الجهالة**) ش: لأنه أدخل فيه كلمة الشك .

م : (**بخلاف الخلع والإعتاق على مال لأنه لا موجب له في البدل**) ش: حتى لا يجب شيء عند ذكر عدم البدل م : (**إلا أن مهر المثل إذا كان أكثر من الأرفع فالمرأة رضيت بالحط ، وإن كان أنقص من الأوكس فالزوج رضي بالزيادة**) ش: فعلمنا رضاهما .

م : (**والواجب في الطلاق قبل الدخول**) ش: هذا جواب عما يقال إذا كان كذلك فإن الواجب

في مثله المتعة ، ونصف الأوكس يزيد عليها في العادة ، فوجب لاعترافه بالزيادة . وإذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ، ولها الوسط منه ، والزوج مخير إن شاء أعطاها ذلك، وإن شاء أعطاها قيمته . قال-رحمه الله - : معنى هذه المسألة أن يسمي جنس الحيوان ، دون الوصف بأن يتزوجها على فرس أو حمار . أما إذا لم يسم الجنس بأن يتزوجها على دابة ، لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل .

أن يجب نصف الأرفع فيما وجب فيه الأوضع مهرًا ، لأن الواجب في الطلاق قبل الدخول نصف المسمى . وقال الكاكي : الواجب في الطلاق قبل الدخول إلى آخره ، جواب قوله : -فلها نصف الأوكس في ذلك كله بالإجماع - وتقرير الجواب أن الواجب في الطلاق قبل الدخول م : **(في مثله)** ش: أي في مثل هذا العقد الذي فسدت التسمية فيه م : (**المتعة**) ش: مرفوع لأنه خبر مبتدأ أعني قوله والواجب .

م : (**ونصف الأوكس يزيد عليها**) ش: أي على المتعة م : (**في العادة فوجب**) ش: أي نصف الأوكس م : (**لاعترافه**) ش: أي لاعتراف الزوج م : (**بالزيادة**) ش: على المتعة .

فإن قيل : إذا فسدت التسمية عند أبي حنيفة ينبغي أن تجب المتعة ، كما لو لم يسم شيئًا .

قلنا : إن نصف الأوكس بطريق المتعة .

فإن قيل : ينبغي أن يحكم المتعة ، كما حكم مهر المثل قبل الطلاق ، لأن المتعة هي الواجب الأصلي في الطلاق قبل الدخول ، كما أن مهر المثل هو الموجب الأصلي قبل الطلاق .

قلنا : إنما لم يحكم المتعة ؛ لأنها لا تزيد على نصف الأوكس عادة ، حتى لو كانت زائدة عليه بحكم المتعة .

م : (**وإذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية**) ش: صورة المسألة أن يسمي جنس الحيوان دون الوصف ، يريد أنه لم يقل : جيد ، أو وسط أو رديء إلى غير ذلك من أوصافه م:(**ولها الوسط منه**) ش: أي من الحيوان م : (**والزوج مخير إن شاء أعطاها ذلك**) ش: إشارة إلى الحيوان م : (**وإن شاء أعطاها قيمته**) ش: أي قيمة الحيوان .

م : (**قال**) ش: أي المصنف: م : (**-رحمه الله تعالى - : معنى هذه المسألة أن يسمي جنس الحيوان دون الوصف**) ش: يريد المصنف بهذا تفسير قول القدوري ، فإن المسألة المذكورة من مسائل القدوري قال : وإن تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ، قال المصنف: معناها أن يسمي جنس الحيوان ، ولم يذكر وصفه ويبين ذلك بقوله م : (**بأن يتزوجها على فرس أو حمار**) ش: فإن التسمية فيه صحيحة .

م : (**أما إذا لم يسم الجنس بأن يتزوجها على دابة ، لا تجوز التسمية ، ويجب مهر المثل**) ش: قد

وقال الشافعي -رحمه الله- : يجب مهر المثل في الوجهين جميعاً ؛ لأن عنده ما لا يصلح ثمناً في البيع لا يصلح مسمى في النكاح ؛ إذ كل واحد منهما معاوضة . ولنا: أنه معاوضة مال بغير مال فجعلنا التزام المال ابتداء ، حتى لا يفسد في أصل الجهالة كالدية والأقارير ، وشرطنا أن يكون المسمى مالاً وسطه معلوم ، رعاية للجانبين ، وذلك عند إعلام الجنس ؛ لأنه يشتمل على الجيد ، والرديء ، والوسط ذو حظ منهما ، بخلاف

تكلم الشراح في هذا الموضع ، وأطالوا الكلام ، وملخصه أن المصنف سمى الفرس والحمار جنسًا وليس كذلك ، بل هما نوع من الحيوان ، كما عرف في موضعه .

والجواب عن ذلك : أن المصنف أراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء ، و هو النوع باصطلاح غيرهم ، ثم في المسألة الأولى صحت التسمية ويجب الوسط ، وفي المسألة الثانية لا تصح التسمية للجهالة الفاحشة ، ويلزم مهر المثل ، وبه قال مالك وأحمد م : (**وقال الشافعي : يجب مهر المثل في الوجهين جميعًا ؛ لأن عنده ما لا يصلح ثمنًا في البيع ، لا يصلح مسمى في النكاح**) ش: قال الشافعي : الحكم في الوجهين المذكورين على البيع ؛ لأن النكاح عقد معاوضة كالبيع م : (**إذ كل واحد منهما معاوضة**) ش: .

م : (**ولنا أنه معاوضة مال بغير مال**) ش: لأنه التزام المال ابتداء بغير عوض ، وهو معنى قوله : م: (**فجعلنا التزام المال ابتداء، حتى لا يفسد في أصل الجهالة**) ش: المستدركة في الوصف م : (**كالدية**) ش: فإن الشرع جعل فيها مائة من الإبل ، غيرموصوفه .

م : (**والأقارير**) ش: هو جمع إقرار ، فإنه يلزم فيها مال من غير أن يكون في مقابلها عوض مالي م : (**وشرطنا أن يكون المسمى مالاً وسطه معلوم**) ش: قال الكاكي : هذا جواب سؤال مقدر ، وهو أن يقال : لا أشبه عقد النكاح بالإقرار في كونه التزام مال ابتداء ، وينبغي أن تصح التسمية فيما إذا سمى الحيوان ، ولم يبين نوعه كما لو أقر بشيء ، يصح الإقرار ويلزمه البيان .

فقال : وشرطنا أن يكون المسمى بالأوسط معلوم وسطه مبتدأ ، ومعلوم خبره ، والجملة صفة لقوله : مالاً والوسط بفتح السين ، وأصله أن يكون اسمًا من جهة أنه أوسط الشيء ، وأفضله وخياره ، وقد يأتي صفة كوسط المرعى خير من طرفيه ، ووسط الدابة للركوب خير من طرفيها ، و هنا أيضًا كذلك ؛ لأنه اسم لما بين طرفي الشيء ، والوسط بالسكون فهو ظرف لا اسم ، يعني بين ، يقال : جلست وسط القوم أي بينهم م : (**رعاية للجانبين**) **ش:** يعني جانب الزوج ، وجانب المرأة ، كما في الزكاة يراعى ذلك لجانب الغني والفقير .

م : (**وذلك عند إعلام الجنس ؛ لأنه يشتمل على الجيد والرديء ، والوسط ذو حظ منهما**) يعني من الجيد والرديء ، لأن الوسط بالنسبة إلى الرديء جيد ، وبالنسبة إلى الجيد رديء م : (**بخلاف**

جهالة الجنس ، لأنه لا وسط له ؛ لاختلاف معاني الأجناس ، وبخلاف البيع ؛ لأن منشأه على المضايقة والمماكسة . أما النكاح فمبناه على المسامحة ، وإنما يتخير ؛ لأن الوسط لا يعرف إلا بالقيمة ، فصارت أصلاً في حق الإيفاء ، والعبد أصل تسميته فيتخير بينهما.

جهالة الجنس ، **لأنه لا وساطة له؛ لاختلاف معاني الأجناس)** ش: جهالة الجنس ، لأنه لا وساطة له ؛ لاختلاف التزويج على دابة أو حيوان ، حيث لا يمكن ذلك . لأنه ليس لهما طرفان ، حتى يكون لهما وسطه ، وهي معنى قوله لا وساطة له ، لأن الجنس يشتمل على أنواع ، وليس بعض النوع أولى من البعض بالإرادة ، فصارت الجهالة فاحشة وفسدت به التسمية فوجب مهر المثل .

م : (**و بخلاف البيع**) ش: جواب عن قوله : - ما لا يصلح ثمنًا لا يصلح مسمى في النكاح - وتقديره أن قياس الشافعي للوجهين المذكورين على البيع غير صحيح م : (**لأن منشأه**) ش: أي منشأ البيع م : (**على المضايقة**) ش: بين المتبايعين ؛ لأن كلاً منهما يضيق على الآخر في أمور العقد .

م : (**والمماكسة**) ش: فسرها الأكمل بقوله أي المنازعة ، وفسره الأترازي بقوله : والمماكسة المجادلة ، وفي «المغرب» : المماكسة من المكس في البيع ، وهو استنقاص الثمن من باب ضرب ، والمكس أيضًا الجناية ، وهو فعل المماكس العشار ، منه : لا يدخل صاحب مكس الجنة .

م : (**أما النكاح فمبناه على المسامحة**) ش: أي المساهلة فلا يفسد بالجهالة ما لم يفحش م : (**وإنما يتخير**) ش: أي الزوج بين أداء الوسط ، وبين أداء قيمته م : (**لأن الوسط لا يعرف إلا بالقيمة، فصارت أصلاً في حق الإيفاء**) ش: وتفسير قيمة الوسط بقدر الغلاء ، والرخص عندهما وهو الصحيح ، وعليه الفتوى ، وإنما قدر أبو حنيفة بأربعين دينارًا في السود ، وفي البيض بخمسين دينارًا بالمشاهد في زمانه ، وهما بنيا على الأوقات والأمكنة كلها ، والأمر على ما قالا : إن القيمة تختلف باختلاف الغلاء والرخص .

م : (**والعبد أصل تسميته**) ش: أي من حيث التسمية ، هذا إذا ذكر مطلقًا ، ولم يضف إلى نفسه ، أما لو أضافه إلى نفسه بأن قال : تزوجتك على عبدي ، فليس له أن يعطي القيمة ؛ لأن الإضافة من أسباب التعريف ، كالإشارة . ولو كان مشارًا إليه ليس له أن يعطي القيمة هكذا ها هنا ، كذا في المحيط وغيره م : (**فيتخير بينهما**) ش: أي بين أداء القيمة وبين أداء العبد للوسط ، حتى تجبر المرأة على القبول بأيهما ، وقال زفر ، ومالك ، وأحمد : لا تجبر على القبول ، وقال القاضي من الحنابلة : تجبر المرأة على قبولها إن سمى عبدًا وسطًا أو جيدًا ، أو ردها كقولنا .

وفي «الذخيرة» : الوسط في زماننا أدون الترك وأرفع السود ، وفي الوسط في بلادهم السندي ؛ لأن الخادم عندهم أنواع ثلاثة : رومي ، وسندي ، وحبشي ، قال : فالأعلى الرومي والأدنى الحبشي والوسط السندي ، وفي بلادنا : التركي والصقلي والهندي ، فالوسط الصقالبة .

وإن تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر المثل ، ومعناه أنه ذكر الثوب ولم يزد عليه ، ووجهه أن هذه جهالة الجنس ، لأن الثياب أجناس ، ولو سمى جنساً بأن قال: هروي تصح التسمية ، ويخير الزوج لما بينا ، وكذا إذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية ، لأنها ليست من ذوات الأمثال ، وكذا إذا سمى مكيلاً ، أو موزوناً وسمى جنسه دون صفته،

وفي «المبسوط» : أرفع الخدم التركي ، والأدون الهندي ، والوسط السندي ، فالوسط أعلى الترك وأعلى الهنود في بلادنا ، لأن السود لا توجب عندنا .

وفي «البدائع» : لو تزوجها على وصف أبيض صح ، لأنه يصح بدون الوصف ، فبالوصف أولى ، والجيد عندهم الرومي ، والوسط السندي ، والرديء الهندي ، والجيد عندنا التركي ، والوسط الرومي ، والرديء الهندي ، وقيمة الجيد خمسون ديناراً والوسط أربعون أوثلاثون ، والمعتبر فيه القيمة بلا خلاف ، وفي «المغني» : الوسط من العبيد السندي والمنصوري، والأعلى التركي والرومي ، والأدنى الزنجي والحبشي .

م : (**وإن تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر المثل**) ش: أي بإجماع الأئمة الأربعة م:(**ومعناه**) ش: أي معنى قوله : تزوجها على ثوب غير موصوف م : (**أنه ذكر الثوب ولم يزد عليه ، ووجهه**) أي وجه وجوب مهر المثل م : (**أن هذه جهالة الجنس**) ش: أي النوع ، وقد ذكرنا أن مراده من الجنس النوع ، على اصطلاح الفقهاء م : (**لأن الثياب أجناس**) ش: أي أنواع كالقطن، والكتان والإبريسم ونحوها .

م : (**ولو سمى جنسًا**) ش: أي نوعًا م : (**بأن قال : هروي تصح التسمية ، ويخير الزوج**) ش: يعني بين القيمة والوسط م : (**لما بينا**) ش: أن الثياب أنواع م : (**وكذا**) ش: أي وكذا يتخير م : (**إذا بالغ في وصف الثوب**) ش: بأن ذكر طوله وعرضه وذرعه ورقعته ، وذكر أنه على منوال كذا وكذا ، أو صار بحال يجب السلم فيه .

م : (**في ظاهر الرواية**) ش: احترازًا عما روي عن أبي حنيفة أن الزوج يجبر على تسليم الوسط ، وهو قول زفر وقال الكاكي : قيد ظاهر الرواية لما روي عن أبي يوسف أنه قال إن ذكر الأجل مع ذلك لا تجبر المرأة على قبول القيمة ، وإن لم يذكر الأجل مع ذلك أجبرت ؛ لأن الثياب لا تثبت في الذمة ثبوتًا صحيحًا إلا مؤجلاً .

ووجه الظاهر ما ذكره بقوله: م : (**لأنها ليس من ذوات الأمثال**) ش: بدليل أن مستهلكها لا يضمن المثل ، فصارت كالعبد م : (**وكذا**) ش: أي وكذا يتخير الزوج بين الوسط والقيمة م : (**إذا سمى مكيلاً أو موزونًا ، وسمى جنسه دون صفته**) ش: مثل أن تقول : تزوجتك على كر حنطة ، أو من زعفران ولم يزد على ذلك ، فإنه يخير بين الوسط وقيمته .

وإن سمى جنسه وصفته لا تخير ؛ لأن الموصوف منهما يثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً .

م : (**وإن سمى جنسه**) ش: أي نوعه م : (**وصفته لا تخير**) ش: بل تجبر على الوسط م : (**لأن الموصوف منهما**) ش: أي من المكيل والموزون م : (**يثبت**) ش: دينًا (**في الذمة ثبوتًا صحيحًا**) ش: حالاً أو مؤجلاً ، بدليل جواز استقراضه والسلم فيه ، وإن لم يذكر الصفة .

فروع : وفي «المحيط» وغيره : تزوجها على بيت وهو بدوي يلزمه بيت من شعر أو وبر إذ هو نوع من الثياب ، وإن كان حضريًا قال محمد : لها بيت وسط ، قال : أراد به ثياب بيت ، ولهذا قال : ما يجهز به هنالك ، والتجهيز لا يكون بالبيت ، قال صاحب «المحيط» وفي عرفنا يراد بالبيت الذي يبات فيه من المدر ، ولا يصلح مهرًا إذا لم يكن معينًا . وفي «المبسوط» : المراد بالبيت متاع البيت وهو معروف بالعراق ، وهو ما يجهز به ملك المرأة فينصرف إلى الوسط . وعن أبي حنيفة قيمته أربعون دينارًا . وفي «جوامع الفقه» : هو على مثل متاع بيت وسط في عرفهم ، وفي عرفنا يجب مهر المثل وإن عين البيت فهو على عينه ، بخلاف الدراهم والدنانير ، وفي تعيين التبر روايتان ، والفلوس التي تزوج كالدراهم ، والغطارفية كذلك .

وفي المواضع التي تزوج فيها تعيين ، والمكيل ، والموزون ، والعدد بأعيانهما يتعين ، وللزوجة أخذ عينها ، وقال مالك : يجوز النكاح علي بيت وخادم ، و يجب فيهما الوسط . وعند الشافعي : يجب فيهما مهر المثل . وفي «مصنف» ابن أبي شيبة قال الحسن ، وابن سيرين ، والنخعي : يجوز النكاح على الوصفاء والوصايف .

زوجت نفسها بمهر أمها جاز به . وفي «الذخيرة» : وهو الصحيح ، ولو طلقها قبل الدخول بها فلها نصفه ، ويجبر إذا علم مقدار مهر أمها . وفي «جوامع الفقه» : لو تزوجها على مثل مهر فلانة يجب مهر المثل .

وكذا إذا تزوجها على مثل هذا الزنبيل حنطة ، أو قيمة هذا العبد ، أو قيمة عبد ، أو على سكنى دار موقوفة أو على أن يخدمها ما عاش ، أو برد آبقها ، أو على دراهم ، أو ناقة من هذه الإبل ، أو على ثوب قيمته عشرة ، أو قال : بجميع ما أملكه يجب في ذلك مهر المثل .

وفي «المرغيناني» : هذا قول أبي حنيفة -رضي الله تعالى عنه- ، وعن أبي حنيفة : يعطيها ناقة من إبله . تزوجها على غنم بعينها على أن أصوافها له كان له الصوف استحسانًا .

وتزوجها على جارية حبلى على أن ما في بطنها له فلها الجارية دون ولدها ، قال : عن كل يجب مهر المثل ، إلا أن يحكم بأكثر منه ، فيجب ذلك على حكم فلان . [فإن] حكم بأقل من مهر المثل فلا بد من رضاه .

وفي «المغني» : لو تزوجها على حكمها أو حكمه ، أو حكم أخيه لا يصح ، وهو قول

الشافعي وقال مالك : يجوز ، فإن وقعت الفرقة بالحكم فيها وإلا فسخ ، ولا شيء لها فإن فرض لها مهر المثل لزمها النكاح .

وقال ابن حزم في «المحلى» : يفسد النكاح فيه ، ولو تزوج امرأة على ألف مؤجل لا يصح التأجيل ، ويؤمر الزوج بتعجيل ما تعارف أهل بلده بتعجيله ، ويؤخذ الثاني بعد الطلاق والموت ، ولا يجبر على تسليم الباقي ولا يجبر عليه .

وفي «قنية المنية» : هو عادة خوارزم ، فإن طلقها رجعيًا لا يصير المهر حالاً ، حتى تنقضي العدة به ، وقال عامة المشايخ ، وقال القاضي البديع ، وقاضي خان : ويصير حالاً ، ولو قال : بعضه معجل وبعضه مؤجل ولم يزد يجوز ، ويحل بالفرقة وبالموت أو بالطلاق ، وقيل : يجب حالاً وهو أقرب إلى الحق ، وفي «الذخيرة» : والصحيح الصحة للعرف معلومة في نفسها ، وهو الطلاق أو الموت .

وفي « البدائع » : إذا ذكر أجلاً مجهولاً كالميسرة ، وهبوب الريح ، ومجيء المطر ، وقال : تزوجتك على ألف مؤجلة فهي حالة ؛ لأن الأجل لم يثبت للجهالة الفاحشة ، وإن تزوجها على ألف على أن ينقدها ما تيسر له ، والبقية إلى سنة كان الألف كله إلى سنة، إلا أن تقيم المرأة بينه على أنه قد تيسر له منها شيء فتأخذه .

وفي « المغني » : يجوز بمهر معجل ومؤجل، وإن لم يذكر أجله ، وقال القاضي : المهر صحيح ومحله الفرقة . وقال ابن حنبل : لا يحل الأجل إلا بموت أو فرقة ، وهو قول الشعبي ، والنخعي ، والحسن ، وحماد ، والثوري ، وقال أبو عبيد : يكون حالاً . وقال إياس بن معاوية وقتادة : لا يحل حتى يطلق، أو يخرج من مهرها، أو يتزوج عليها .

وعن مكحول والأوزاعي والعنبري : حال إلى سنة بعد دخوله ، وقال الشافعي : لها مهر المثل ، واختاره الخطاب من الحنابلة . وقال مالك : إن كان عرفهم أن لا يؤخذ إلا عند الموت والطلاق فإنه ينظر إلى مهر مثل تلك المرأة ، فيعطي مثلها إن دخل بها، وإن لم يدخل بها يعجل المهر وإلا يفسخ ، ذكره ابن المنذر عنه في «الأشراف» ، وإن تزوجها على ألف إلى هبوب الريح ، أو مجيء المطر فهي حالة الجهالة ، أي المنازعة عند الأجل . وإن تزوجها إلى الحصاد ، أو إلى الدياس ، أو النيروز ، أو المهرجان قال الأسبيجابي : لا رواية في هذه المسألة في الكتب الظاهرة .

وقال السرخسي : الصحيح صحة التأجيل إلى هذه الأشياء في الصداق كالكفالة ، وفي «المرغيناني» : يجوز التزوج إلى الحصاد ، والدياس في الصحيح ، ومن المشايخ من قال : لا يثبت الأجل في الصداق إلى هذه الآجال ، وفرق بين الصداق والكفالة بأن ما هو المعقود عليه ،

وإن تزوج مسلم على خمر ، أو خنزير فالنكاح جائز ، ولها مهر مثلها . لأن شرط قبول الخمر شرط فاسد ، فيصح النكاح ويلغى الشرط بخلاف البيع ؛ لأنه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم تصح التسمية لما أن المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل .

وهو المرأة لا تحمل الجهالة بأن الأصل خلاف الكفالة ، قال : والأول أصح .

قال : تزوجتك بمهر جائز في الشرع ينصرف إلى مهر المثل ، هكذا في فتاوى أبي الليث وقاضي خان . وقال صاحب «المحيط» : ينصرف إلى عشرة دراهم ، ولو تزوجها على أكثر من مهر مثلها ، على أنها بكر فإذا هي ثيب لا تثبت الزيادة . تزوجها على حجة أو على أن يحجها فلها قيمة حج وسط وهو الحج على الراحلة ، وعند مالك يجب مهر المثل ، إلا أن تكون معه . وقال الشافعي وأحمد : التسمية فاسدة ؛ لأن الحملان مجهول .

قلنا : هذا باطل بالإجماع على جواز الاستئجار ، وإن زادهم إلى مكة في جميع بلاد الإسلام وفي «القنية» : يجوز الزيادة في المهر بغير شهود ولا تصح من غير قبول .

م : (**وإن تزوج مسلم على خمر ، أو خنزير، فالنكاح جائز، ولها مهر مثلها**) ش: هذه من مسائل القدوري ، وفي «الجواهر» للمالكية : يفسخ النكاح قبل الدخول ، وبعده يثبت على المشهور ، وهل فسخه على الاستحباب والوجوب ؟ فيه قولان . وعند الشافعي يجب مهر المثل ، وفي قول : قيمته .

وقال أبو عبيد : يفسد النكاح في ذلك كله ، واختاره أبو بكر بن عبد العزيز من الحنابلة ، وهو قول الظاهرية ، ومثله التزوج على السنة واليوم ، بقولنا : قال الأوزاعي والثوري وآخرون .

أما الجواز فهو م : (**لأن شرط قبول الخمر شرط فاسد، فيصح النكاح ويلغى الشرط**) ش: وفساد التسمية ليس بأكثر من عدمها ، وذلك لا يفسد النكاح فكذا هكذا م : (**بخلاف البيع**) ش : حيث لا يصح الخمر والخنزير م : (**لأنه يبطل بالشروط الفاسدة**) ش: والنكاح لا يفسد ، ولهذا لو سكت عن ذكر الثمن في البيع يبطل ، والنكاح لا يبطل بالسكوت عن ذكر المهر حيث يصح ويجب مهر المثل ، فافترقا .

م : (**لكن لم تصح التسمية**) ش: لأن شرط صحة التسمية أن يكون المسمى مالاً ، والخمر والخنزير ليسا بمال متقوم ، فبين في قوله ، وهو قوله : م : (**لما أن المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل**) .

وقال الشافعي - في قوله القديم - وأحمد : يجب في الخمر مهر المثل ، وفي الخنزير القيمة ، وقيل : قول المصنف في الخمر : ليس بمال فيه نظر ، فإن الأصحاب قالوا فيها إنها مال غير متقوم

فإن تزوج امرأة على هذا الدن من الخل، فإذا هو خمر فلها مهر مثلها عند أبي حنيفة -رحمه الله-. وقالا : لها مثل وزنه خلاً، وإن تزوجها على هذا العبد فإذا هو حر يجب مهر المثل عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : تجب القيمة : لأبي يوسف أنه أطمعها مالاً وعجز عن تسليمه فتجب عليه قيمته أو مثله إن كان من ذوات الأمثال ، كما إذا هلك العبد المسمى قبل التسليم وأبو حنيفة-رحمه الله- يقول: اجتمعت الإشارة والتسمية ، فتعتبر الإشارة لكونها أبلغ في المقصود وهو التعريف ،

في حق المسلم؛ لأن المال يقع فيه شح القسمة ، والخمر بهذه المثابة . فإن تزوج المرأة على هذا الدن من الخل فإذا هو خمر فلها مهر مثلها عند أبي حنيفة وقالا : لها مثل وزنه خلاً ، وبه قال أحمد والشافعي في قول وفي قول آخر كقول أبي حنيفة م : (**وإن تزوجها على هذا العبد فإذا هو حر**) ش: أي ظهر أنه حر م : (**يجب مهر المثل عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف: تجب القيمة**) ش: وقول أبي يوسف أولاً في مسألة الحر مثل قولهما ، كذا ذكر الحاكم الشهيد في «الكافي» وشمس الأئمة السرخسي في «شرحه »، وكذلك لو تزوجها على شاة ذكية فظهرت ميتة فالخلاف فيها كالخلاف في الحر .

وفي «جوامع الفقه» : م : (**إذا تزوجها على هذا الدن من الخل**) أو على هذه الذكية ، م : (**فإذا هو خمر**) ش: ، أو ميتة يجب مهر المثل فيهما عند أبي حنيفة ، وعندهما يجب فيه خلاً أو ذكية أو قيمتها ، ولم يذكر القيمة غيره .

وفي العبد إذا ظهر حراً يجب مهر المثل عندهما ، وعند أبي يوسف قيمته إذا لم يعلمها بكونه حراً ، وإن علما يجب مهر المثل اتفاقًا . وإن قال : على هذا الثوب الهروي فإذا هو مروي فعند أبي حنيفة يجب ثوب هروي مجردة ، ولم يذكر قول أبي يوسف .

ولو قال على هذا القفيز من الحنطة فإذا هي شعير ، أو على هذا الخل ، فإذا هو زيت يجب المسمى بقدره عند أبي حنيفة ، وعن محمد يجب الشعير ، قال : والظاهر أنه يجب عنده مهر المثل ، ولو قال : على هذا الفرق من السمن ، وليس فيه شيء يجب لها مثل ذلك من السمن . ولو قال : على هذا الزق من السمن يجب مهر المثل .

م : (**لأبي يوسف أنه**) ش: أي أن الزوج م : (**أطمعها**) يقال : أطمعه الشيء فطمع حيث سمى لها م : (**مالاً وعجز عن تسليمه فتجب عليه قيمته أو مثله، إن كان من ذوات الأمثال**) ش: فالخل من ذوات الأمثال م : (**كما إذا هلك العبد المسمى**) ش :في العقد بأن تزوجها عليه فهلك م : (**قبل التسليم**) ش: أي قبل تسليمه إليها فإنه يجب قيمة العبد الهالك اتفاقًا .

م : (**وأبو حنيفة يقول: اجتمعت الإشارة**) ش: وهو قول هذا م : (**والتسمية**) ش: في قول : العبد م : (**فتعتبر الإشارة لكونها أبلغ في المقصود وهو التعريف**) ش: لكونها قاطعة للشركة ؛ لأن الإشارة

فكأنه تزوج على خمر أو حر . ومحمد -رحمه الله- يقول : الأصل أن المسمى إذا كان من جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمشار إليه ؛ لأن المسمى موجود في المشار إليه ذاتًا والوصف يتبعه، وإن كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى ؛ لأن المسمى مثل المشار إليه وليس بتابع له ، والتسمية أبلغ في التعريف من حيث إنها تعرف الماهية ، والإشارة تعرف الذات ، ألا ترى أن من اشترى فصاً على أنه ياقوت فإذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس . ولو اشترى على أنه ياقوت أحمر ، فإذا هو أخضر ينعقد العقد؛ لاتحاد الجنس ،

بمنزلة وضع اليد على الشيء ، ويحصل بها كمال التمييز ؛ لأن الإشارة إلى شيء وإرادة غيره ممتنعة ، وأما التسمية فمن باب استعمال اللفظ ، وإرادة غير ما وضع له م : (**فكأنه تزوج على خمر ، أو حر**) ش: أي فكأن الرجل تزوجها على خمر في تزوجها على هذا الدن من الخل، أو تزوجها على حر في تزوجه على هذا العبد ، فالواجب فيهما مهر المثل بلا خلاف .

م : (**ومحمد يقول : الأصل أن المسمى إذا كان من جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمشار إليه؛ لأن المسمى موجود في المشار إليه ذاتًا**) ش: أي من حيث الذات م : (**والوصف يتبعه**) ش: أي يتبع الذات ؛ لأنه قائم بالذات ، وعدمه لا يستلزم انعدام الذات .

م : (**وإن كان**) ش: أي المسمى م : (**من خلاف جنسه**) ش: أي جنس المشار إليه م : (**يتعلق بالمسمى لأن المسمى مثل المشار إليه**)ش : من حيث التعريف م : (**وليس بتابع له**) ش: أي للمشار إليه.

م : (**والتسمية أبلغ في التعريف من حيث إنها تعرف الماهية**) ش: وهي الحقيقة من حيث هي م:(**والإشارة تعرف الذات**) ش: من غير دلالة ، على الحقيقة ، ثم أوضح ذلك م : (**ألا ترى أن من اشترى فصًا على أنه ياقوت ، فإذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس**) ش: فيتعلق العقد بالمسمى وهو معدوم ، وبيع المعدوم باطل .

م : (**ولو اشترى على أنه ياقوت أحمر ، فإذا هو أخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس**) ش: لأن المشار إليه من جنس المسمى في تعلق العقد ، وهو موجود فيصح إذا عرفنا هذا ، قال محمد: الحر مع العبد جنس واحد ؛ لاشتراكهما في الصورة والمعنى والمنافع ، إلا أنهما مختلفان في المالية ، فبعد الاختلاف ، ويغلب الاتحاد والاتفاق فيتحد الجنس ، وكان المشار إليه من جنس المسمى يتعلق العقد المشار إليه، وأنه لا يصلح مهرًا لعدم كونه مالاً، فتفسد التسمية فيصار إلى مهر المثل .

أما الخمر مع الخل فجنسان مختلفان؛ لأنهما لا يختلفان في الصورة ويختلفان في الاسم والمعاني فيقل الاتحاد ويغلب الاختلاف ، فكانا جنسين مختلفين في تعلق العقد بالمسمى ، وهو في الاسم والمعاني ، وهو الدن من الخل ، وأبو حنيفة يقول: إن الخمرية والخلية والرقية والحرية صفات تعاقب على الذات الواحدة، فلا يختلف به الجنس كالصبي والشاب والشيخوخة والصغر

وفي مسألتنا العبد مع الحر جنس واحد ؛ لقلة التفاوت في المنافع ، والخمر مع الخل جنسان لفحش التفاوت في المقاصد فإن تزوجها على هذين العبدين ، فإذا أحدهما حر فليس لها إلا الباقي ،إذا ساوى عشرة دراهم عند أبي حنيفة -رحمه الله- ؛ لأنه مسمى ، ووجوب المسمى وإن قل يمنع وجوب مهر المثل .

والكبر ، فكان المشار من جنس المسمى في الصلات جميعًا .

م : (**وفي مسألتنا**) ش: أراد به قوله : - وإذا تزوجها على هذا العبد فإذا هو حر - م : (**العبد مع الحر جنس واحد**) ش: وقيل : إن الحر الصغير يصير عبدًا حرًا ، ومنافعهما متقاربة ، أشار إليه بقوله : م : (**لقلة التفاوت في المنافع**) ش: يظهر ذلك في جواز البيع وعدمه م : (**والخمر مع الخل**) في المسألة المذكورة ، وهي ما إذا تزوجها على هذا الدن من الخل ، فإذا هو خمر .

م : (**جنسان لفحش التفاوت في المقاصد**) ش: فإذا أحدهما لا يسد مسد الآخر ، وما يصلح له الخل لا يصلح له الخمر ، والخل بعد استحكامه لا ينقلب خمرًا ، وبخلاف هذا ، قال في «المبسوط» : أبو حنيفة يقول : الخمر مع الخل جنس واحد ، فإن الأصل واحد وهو العصير ، والهيئة واحدة أوصاف تعرض على العين ، فلا توجب تبدل الجنس كالصغر والكبر في الآدمي .

فإن قلت : يرد عليه مسألة «الجامع» ، وهو إذا حلف لا يذوق هذه الخمرة فصارت خلاً فذاقه لا يحنث ، فلو لم يتبدل الجنس لحنث ، إذ الوصف في الحاضر لغو ، وإلحاقه بالآدمي في الصغروالكبر بعد .

قلت : يمكن أن يجاب بأن الخل والخمر جنسان في العرف ، ومبنى الإيمان عليه ، وإن كانا جنسًا واحدًا في الحقيقة .

وفي «المحيط» : العبد والحر عند أبي حنيفة . ولو تزوجها على هذا العصير فتخمر قبل قبضه ، عن أبي يوسف لها مثله ، ولم يذكر قولهما ، فإن تزوجها على هذين العبدين ، هذه المسألة مبنية على الأصل المذكور ، والخلاف فيها كالخلاف فيما ذكر هناك ، فكذلك ذكرها بالفاء فقال :

م : (**فإن تزوجها**) ش: أي فإن تزوج رجل امرأة م : (**على هذين العبدين ، فإذا أحدهما حر فليس لها إلا الباقي**) ش: أي ليس لها إلا العبد الباقي م : (**إذا ساوى عشرة دراهم عند أبي حنيفة؛ لأنه**) ش:أي لأن الباقي .

م : (**مسمى، ووجوب المسمى وإن قل يمنع وجوب مهر المثل**) ش: لأن المسمى ومهر المثل لا يجتمعان ، بيان هذه أن أبا حنيفة يعتبر الإشارة ، والإشارة إلى الحر تخرجه عن العقد، فكانت تسمية العبد الباقي لغوًا ، فكأنه تزوجها على عبد، وليس لها إلا ذلك ، ولا يجب إلا مهر المثل ؛

وقال أبو يوسف -رحمه الله- : لها العبد ،وقيمة الحر لو كان عبداً ؛ لأنه أطمعها سلامة العبدين، وعجز عن تسليم أحدهما فتجب قيمته . وقال محمد-رحمه الله- وهو رواية عن أبي حنيفة -رحمه الله-، لها العبد الباقي ، و تمام مهر مثلها إن كان مهر مثلها أكثر من قيمة العبد ؛ لأنهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده ، فإذا كان أحدهما عبدًا يجب العبد وتمام مهر المثل. وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها

لأنهما لا يجتمعان ، ثم العبد الباقي لو كان يساوي مهر المثل ليس لها إلا ذلك، ولا يكمل مهر المثل مع العبد الباقي .

فإن قلت : قال المصنف قبل هذا : لو تزوجها على ألف إن أقام بها إلى أن قال: إن أخرجها فلها مهر المثل فهذا يدل على أن المسمى لا يوجب مهر المثل .

قلت : أجيب بأن ذلك الشرط المتحقق بعقد النكاح بفواته يوجب فوات رضاها فكمل لها مهر المثل ، فأما المسمى فلم يستحق أصلاً ، فافهم .

م : (**وقال أبو يوسف : لها العبد**) ش: أي العبد الباقي م : (**وقيمة الحر لو كان عبداً ؛ لأنه أطمعها سلامة العبدين وعجز عن تسليم أحدهما، فتجب قيمته**) ش: وبه قال أحمد، والشافعي في قول ، وكذا لو ظهر أحدهما مغصوبًا ، وعند الشافعي في الأظهر يبطل في الحر والمغصوب ،ويصح في المملوك ويتخير ،فإن فسخ فمهر المثل .

م : (**وقال محمد : وهو رواية عن أبي حنيفة**) ش: رواه ابن جماعة عن أبي حنيفة م : (**لها العبد الباقي ، وتمام مهر مثلها إن كان مهر مثلها أكثر من قيمة العبد ؛ لأنهما**) ش: أي لأن العبدين م : (**لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده**) ش: أي عند محمد -رحمه الله تعالى- ، وإنما قيد بقوله: عند محمد احترازًا عن قول أبي يوسف ، ولو ظهر عند الصداق آخر لم يجب قيمته،أو كان عبداً ، فكذا إذا ظهر العبدان حرين يجب قيمتهما أيضًا ، وكذا في أحد العبدين إذا ظهر حراً .

م : (**فإذا كان أحدهما عبدًا يجب العبد ، وتمام مهر المثل**) ش: أي إذا كان احد العبدين اللذين تزوجها عليها ظهر أحدهما عبدًا والآخر حراً يجب العبد ،وتمام مهر المثل إن كان أكثر من قيمة العبد .

م : (**وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد**) ش: مثل النكاح بغير شهود ، ونكاح الأخت في عدة الأخت في الطلاق البائن ، ونكاح الخامسة في عدة الرابعة ، ونكاح الأمة على الحرة م : (**قبل الدخول**) ش: قيد قبل الدخول بإجماع الأئمة الأربعة ،وكذا بعد الخلوة ؛ لأن بعد الدخول لها مهر المثل على ما يأتي عن قريب م : (**فلا مهر لها**) ش : عند أهل العلم قاطبة ، وعن ابن جندب : يجب كالصحيح ، والأصل له ؛ لأن التمكين من الوطء حرام ، فلا يقام مقام

لأن المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده ، وإنما يجب باستيفاء منافع البضع . وكذا بعد الخلوة ؛ لأن الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن، فلا تقام مقام الوطء ، فإن دخل بها فلها مهر مثلها

الوطء ، وأقام اللمس والقبلة من غير خلوة مقام الوطء ، وأوجب بذلك كمال المهر ، ذكره في «المغني» .

وقال الأترازي : وإنما يجب التفريق على القاضي لئلا يلزم ارتكاب المحظور إعزازاً لصورة العقد ، فإن فرق بينهما قبل الدخول فلا مهر ، ولا عدة ؛ لأن النكاح الفاسد لا حكم له قبل الدخول ، وكذا إذا فرق بعد الخلوة الصحيحة ؛ لأن الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح إنما قامت مقام الوطء للتمكن من الوطء .

وهنا لا يمكن الوطء لكون العقد فاسداً واجب الرفع ، ولا يقال : ينبغي أن يجب نصف المهر لقوله تعالى : ﴿ **وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم** ﴾ (البقرة : الآية ٢٣٧) ؛ لأن قبول ذلك في المطلق بعد النكاح من كل وجه ؛ لأن المطلق ينصرف إلى الكامل، ولم يوجد النكاح من كل وجه، انتهى .

قلت : قال الأترازي : وإنما يجب التفريق على القاضي، فمن أين الوجوب عليه؟ وقد قالوا : لا يتوقف التفريق بينهما على تفريق القاضي، بل لكل واحد منهما فسخ هذا النكاح بغير مهر من صاحبه قبل الدخول وبعده بمحضر منه ، كالبيع الفاسد لا يجب بمجرد العقد ، فإن لكل واحد فسخه قبل القبض وبعده لا بمحضر من الآخر ، كذا في «الذخيرة» .

قلت : يمكن أن يكون الوجوب على القاضي عند ترافع الزوجين إليه .

م : (**لأن المهر فيه**) ش: أي في النكاح الفاسد م : (**لا يجب بمجرد العقد لفساده**) ش: وإنما يجب لاستيفاء منافع البضع .

قوله : - لفساده - أي لفساد العقد م : (**وإنما يجب**) ش: أي المهر بسبب م : (**استيفاء منافع البضع . وكذا بعد الخلوة**) ش: أي وكذا يجب المهر في النكاح الفاسد إذا وجد التفريق بعد الخلوة الصحيحة أيضًا م : (**لأن الخلوة فيه**) ش: أي في النكاح الفاسد م : (**لا يثبت بها التمكن**) ش: من الوطء م : (**فلا تقام مقام الوطء**) ش: فصار كخلوة الحائض ، وهذا قول المشايخ : الخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد كالخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح .

م : (**فإن دخل بها**) ش: أي بالمرأة التي تزوجها بنكاح فاسد م : (**فلها مهر مثلها**) ش: لأن الوطء في المحل المعصوم بسبب الضمان الجائز ، أو الحد الزاجر ، وتعذر الثاني بشبهة النكاح فيه ، فتعين الأول لقوله ﷺ : « **أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فإن دخل بها فلها المهر بما**

لا يزاد على المسمى عندنا خلافاً لزفر -رحمه الله- ، هو يعتبره بالبيع الفاسد . ولنا أن المستوفى ليس بمال ، وإنما يتقوم بالتسمية ، فإذا زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة؛ لعدم صحة التسمية ، وإن نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لانعدام التسمية .

استحل من فرجها »[1] .

بين عليه السلام أن المهر مستحق في النكاح الباطل بالدخول ، لا بالعقد والخلوة م : (**لا يزاد**) أي مهر مثلها م : (**على المسمى**) ش: أي على الذي سمي عند العقد م : (**عندنا**) .

م : (**خلافًا لزفر -رحمه الله تعالى- ، هو يعتبره بالبيع الفاسد**) ش: يقيسه عليه حيث تجب القيمة في البيع الفاسد بالغة ما بلغت ، وإن زادت على الثمن ، فكذلك مهر المثل .

م : (**ولنا أن المستوفى ليس بمال**) ش: المستوفى هو البضع ، وهو ليس بمال ؛ لأنه ليس بمتقوم في نفسه م : (**وإنما يتقوم بالتسمية**) ش: عند العقد ، فيجب تقدير القيمة ، وهي مهر المثل بقدر التسمية م: (**فإذا زادت**) ش: أي التسمية م : (**على مهر المثل لم تجب الزيادة ؛ لعدم صحة التسمية**).

فإن قيل : يرد على قوله :- وإنما يتقوم بالتسمية - مسألة المفوضة ؛ فإن مهر المثل يجب فيها وتقوم منافع البضع .

قلنا : المراد أنها تقوم زائدًا على مهر المثل بالتسمية في العقد ، فهذا العقد يمنع النقص عن مسألة المفوضة ، أي في حق الزيادة ؛ لأن التسمية في النكاح الفاسد معدوم حكمًا ؛ لأنه وجد في ضمن النكاح الفاسد ، فإذا كان معدومًا حكمًا لم تتغير الزيادة على الموجب الأصلي ، وهو مهر المثل ، كما في البيع الفاسد إذا كان الثمن زائدًا على القيمة ، فلا يجب الزائد ، بل تجب القيمة ، وأما إذا كانت التسمية أقل من مهر المثل وجب المسمى ، ولا يجب الزائد لوجود الرضا من المرأة بذلك .

م : (**وإن نقصت**) ش: أي التسمية عن مقدار مهر المثل م : (**لم تجب الزيادة على المسمى لانعدام التسمية**) ش: أي تسمية الزيادة **على المسمى** .

قال الأكمل : فإن قلت : على هذا الانتقاض لأنك ؛ أسقطت التسمية إذا زادت على مهر المثل [ثم] اعتبرتها إذا نقصت عنه ، وهي وإن كانت فاسدة يجب شمول المعدوم ، وإن كانت صحيحة يجب شمول الوجوب .

قلت : هي صحيحة من وجه دون وجه ، صحيحة من حيث إن المسمى مال متقوم ؛ لأن فرض المسألة فيه فاسدة من حيث إنها وجدت في عقد واحد ، فاعتبرنا فسادها إذا زادت ، وصحتها إذا نقصت لانضمام رضاها إليها .

---

(١) صحيح : تقدم تخريجه .

بخلاف البيع ؛ لأنه مال متقوم في نفسه ، فيتقدر بدله بقيمته. وعليها العدة إلحاقاً للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط ، وتحرزاً عن اشتباه النسب . ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق ، لا من آخر الوطآت ، هو الصحيح ؛ لأنها تجب باعتبار شبهة النكاح ، ورفعها بالتفريق ، ويثبت نسب ولدها منه ، لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد ، فيترتب على الثابت من وجه . وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد -رحمه الله-، وعليه الفتوى ؛ لأن النكاح الفاسد ليس بداع إليه والإقامة باعتباره .

م : (**بخلاف البيع**) ش: هذا جواب عن قياس زفر ، بيانه أن قياسه على البيع غير صحيح م : (**لأنه**) ش: أي لأن العوض عن البيع الفاسد م : (**مال متقوم في نفسه فيتقدر بدله بقيمته**) أي بقدر قيمته بالغة ما بلغت .

م : (**وعليها**) ش: أي المرأة المذكورة، التي دخل بها في النكاح الفاسد م : (**العدة إلحاقًا للشبهة**)، أي لشبهة النكاح م : (**بالحقيقة**) ش: أي حقيقة النكاح م : (**في موضع الاحتياط**) ش: لأن النسب أمر يحتاط في إثباته إحياء للولد، فتجب العدة حفظًا م : (**وتحرزًا عن اشتباه النسب**) ش: عند اختلاطه ، والنسب يحتاط في إثباته فيه .

م : (**ويعتبر ابتداؤها**) ش: أي ابتداء العدة م : (**من وقت التفريق**) ش: أى من وقت تفريق القاضي أو العزم على ترك الوطء م : (**لا من آخر الوطات ، هو الصحيح**) ش: احترز به عما حكي عن أبي القاسم الصفار أنه يعتبر من آخر الوطآت ، وهو قول زفر ، ولهذا قال الأكمل : قوله : وهو الصحيح . احترازًا عن قول زفر ، وكذا قاله الأترازي : حتى لو حاضت في آخر الوطآت ثلاث حيض قبل التفريق فقد انقضت عدتها ، ذكره في «المبسوط» .

م : (**لأنها**) ش: أى لأن العدة م : (**تجب باعتبار شبهة النكاح**) ش: يعني من حيث وجود ركنه من الإيجاب والقبول م : (**ورفعها**) ش: أي رفع شبهة النكاح م : (**بالتفريق ، ويثبت نسب ولدها منه، لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد**) ش: لأن الولد الذي ليس له أب معروف كالميت ؛ لأنه ليس له من وجهة، ولا من يعظمه ويشينه م : (**فيترتب**) أي ثبوت النسب م : (**على الثابت من وجه**) ش: وهو النكاح الفاسد .

م : (**وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد -رحمه الله- ، وعليه الفتوى**) ش: يعني يعتبر مدة النسب ، وهو ستة أشهر من وقت دخل الرجل عليها ، ولا يعتبر من وقت العقد ، وعندهما من وقت النكاح ، وهو بعيد أشار إليه بقوله : م : (**لأن النكاح الفاسد ليس بداع إليه**) ش: أي إلى الوطء ، ولهذا لا تثبت حرمة المصاهرة بعقد فاسد ، حتى يكون فيه مس أو تقبيل م:(**وعليه الفتوى**) ش: أي على قول محمد، قال أبو الليث : م : (**والإقامة باعتباره**) ش: يعني أن إقامة العقد

قال : ومهر مثلها يعتبر بأخواتها، وعماتها ، وبنات أعمامها. لقول ابن مسعود -رضي الله عنه- : لها مثل مهر نسائها، لا وكس فيه ، ولا شطط وهن أقارب الأب .

مقام الوطء في النكاح الصحيح باعتبار أن العقد داع إلى الوطء والنكاح الفاسد ليس بداع إلى الوطء ؛ لكونه حرامًا واجب الرفع فلا يقام العقد مقام الوطء ، ولا تعتبر المدة من حيث العقد .

م : **(قال)** ش: أي القدوري -رحمه الله تعالى- : م : **(ومهر مثلها)** ش: أي مهر مثل المرأة م : **(يعتبر بأخواتها ، وعماتها ، وبنات أعمامها)** ش: المراد بأخواتها لأبيها وأمها ، أو لأبيها ، وكذا عماتها من أخوات أبيها لأبيه وأمه أو لأبيه .

وقال الشافعي ، وأحمد ، وعامة أهل العلم ، وفي «المبسوط» : ويعتبر بعشيرتها من جهة أبيها ، كأخواتها لأبيها وأمها ، أو لأبيها ، وعماتها ، وبنات أعمامها ، ومثله في «المحيط» ، وقال : وعماتها وبناتهن وهو محمول على ما إذا كان أبًا وهن من قبلها .

م : **(قول ابن مسعود -رضي الله تعالى عنه -: لها مثل مهر نسائها ، لا وكس فيه ،ولا شطط ، وهن أقارب الأب)** ش: هذا الحديث أخرجه الأربعة في « سننهم »، عن سفيان بن منصور عن إبراهيم ، عن علقمة ، واللفظ للترمذي قال : سئل ابن مسعود عن رجل تزوج امرأة ، ولم يفرض لها صداقًا ولم يدخل بها حتى مات ، فقال ابن مسعود: لها مثل صداق نسائها، لا وكس، ولا شطط ، وعليها العدة ، ولها الميراث ، فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال : قضى رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق بنت امرأة منا مثل ما قضيت ، ففرح بها ابن مسعود . وقال الترمذي: حديث حسن صحيح (١) .

وقال شيخنا زين الدين : اختلف الأئمة في تصحيح هذا الحديث ونقله له ، فقال الشافعي فيما رواه عنه البيهقي في «السنن » و« المعرفة » : ولم أحفظه من وجه يثبت مثله ، قال : وهو مرة يقال : عن معقل بن يسار ، ومرة عن معقل بن سنان ، ومرة عن بعض أشجع ، لا يسمى فاعله بالاضطراب في تسمية رواته ، انتهى .

قلت : قد صححه أكثر أهل الحديث : الترمذي ، وابن حبان ، وأبو عبد الله بن الأخرم النيسابوري ، وأبو عبد الله الحاكم شيخ البيهقي ، وقال البيهقي : هذا الاختلاف في تسمية من روى قصة بروع بنت واشق عن النبي ﷺ لا يوهن الحديث ، فإن أسانيد هذه الروايات صحيحة ، وفي بعضها أن جماعة من أشجع شهدوا بذلك ، فبعضهم يسمي بهذا وبعضهم يسمي آخر ، وكلهم ثقة ، ولولا ثقة من رواه عن النبي ﷺ ما كان عبد الله بن مسعود -رضي الله تعالى

---

(١) رواه الترمذي [١١٦١] ، وأبو داود [٢١١٤] ، والنسائي [٣١٤٥] ، وابن ماجة [١٨٩١] ، عن سفيان الثوري ، عن منصور ، عن إبراهيم ، عن علقمة ، عن ابن مسعود مرفوعًا . وهذا من أصح الأسانيد .

عنه - يفرح بروايته، وحكى الحاكم في« المستدرك» عن شيخه عبد الله بن محمد بن يعقوب الحافظ أنه قال: لو حضرت الشافعي لقمت على رءوس أصحابه . وقلت : قد صح الحديث فقال به .

وقال الترمذي : روي عن الشافعي أنه رجع بعد عن هذا القول، وقال بحديث بروع بنت واشق، وقال الترمذي : والعمل على هذا عند بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ ، وبه يقول الثوري ، وأحمد ، وإسحاق .

وقال بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ ، منهم علي بن أبي طالب ، وزيد بن ثابت ، وابن عباس، وابن عمر -رضي الله تعالى عنهم - : إذا تزوج الرجل امرأة ولم يدخل بها ، ولم يفرض لها صداقًا ، قال: لها الميراث ، ولا صداق لها وعليها العدة ، وهو قول الشافعي .

قلت : ومعقل بفتح الميم وسكون العين المهملة وكسر القاف ابن سنان الأشجعي، وليس له في الكتب إلا هذا الحديث ، شهد الفتح ، وكان ابن عقبة الذي يقال له: مشرف حامل لواء قومه، ونزل الكوفة وقدم المدينة فقتل بها يوم الحرة صبراً ، فقيل : قتله مسلم بن عقبة الذي يقال له مشرف بن عقبة ، وقيل : قتله ماحق بن نوفل ، وله قصة ذكرناها في «التاريخ الكبير» .

وبروع المشهور فيها عند أهل الحديث كسر الباء الموحدة وسكون الراء ، ثم واو مفتوحة ثم عين مهملة . قال الجوهري : أهل الحديث يقولون بكسر الباء ، والصواب بالفتح ؛ لأنه ليس في الكلام فوعل إلا بروع بنت معروف ، وعنود اسم أود ، وهكذا قال صاحب «المحكم» : وواشق بالشين المعجمة وهي أشجعية، وذكرها ابن حبان في الصحابة .

قوله : - لا وكس ولا شطط - أي لا نقصان ولا زيادة ، والوكس بفتح الواو، وسكون الكاف وبالسين المهملة هو النقصان ، والشطط بفتح الشين المعجمة، والطاء المهملة وتكرارها، الجور والزيادة ومن أقارب الأب أي ونساؤها أقارب الأب .

م : (**ولأن الإنسان من جنس قوم أبيه**) ش: لا من جنس قوم أمه ، ألا ترى أن الأم قد تكون أمة والابنة قرشية تبعًا لأبيها ، ومهر المثل مختلف باختلاف هذه الأوصاف م : (**وقيمة الشيء إنما تعرف بالنظر في قيمة جنسه**) ش: أي جنس ذلك الشيء ، يعرف بالنظر في قيمة غير جنسه .

م : (**ولا يعتبر بأمها، وخالتها إن لم يكونا من قبيلتها**) ش: يريد بها من قبيلة أبيها ، وذلك مثل أن يتزوج رجل ابنة عمه ، فتلد له بنتًا يزوجها من رجل لا يسمي لها مهراً فيدخل بها زوجها ثم يطلقها أو يموت عنها قبل الدخول أو بعده ، أو يطلقها بعد الخلوة الصحيحة ، وأمها من جنسها

لما بينا ، فإن كانت الأم من قوم أبيها بأن كانت بنت عمه ، فحينئذ يعتبر بمهرها ؛ لأنها من قوم أبيها ، ويعتبر في مهر المثل أن تتساوى المرأتان في السن ، والجمال ، والمال ، والعقل والدين ، والبلد ، والعصر ، والعفة ، لأن مهر المثل يختلف باختلاف هذه الأوصاف ،وكذا يختلف باختلاف الدار ، والعصر،

وجمالها فإنه يحكم لها بمهر مثل أمها وهي بنت عم أبيها ، أو بمهر أخت أمها وهي خالتها بنت عم أبيها . وقال ابن أبي ليلى : يعتبر بأمها وخالتها ونسائها من قبل أمها م : **(لما بينا) ش:** إشارة إلى قوله : وقيمة الشيء إنما تعرف بالنظر في قيمة جنسه .

م : **(فإن كانت الأم من قوم أبيها بأن كانت بنت عمه ، فحينئذ يعتبر بمهرها ؛ لأنها من قوم أبيها)** ش: لأن الإنسان من جنس أبيه ، ولهذا كان أكثر من تولى من خلفاء بني العباس من الإماء ، ولم يخرجوا بذلك من أن يكونوا من بني هاشم ، والهاشمية إن ولدت من نبطي كان ولدها نبطيًا .

م : **(ويعتبر في مهر المثل أن تتساوى المرأتان في السن والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر والعفة) ش:** وهي ثمانية أشياء . وفي «النتف» : تعتبر المماثلة في خمس عشرة خصلة : الجمال والحسب والمال والعقل والدين والعلم والأدب والتقوى والعفة وكمال الخلق ، وحداثة السن ، والبكارة ، وحال وصال الزوج ، وأن يكون لها ولد .

وفي «المحيط» و«المرغيناني» قيل : لا يعتبر الجمال في بنت الحسب والشرف ، وإنما يعتبر ذلك في أوساط الناس ، إذ الرغبة فيهن للجمال ، بخلاف بنت الشرف . وفي «المحيط» : فإن لم يوجد في قرابتها من هو مثل حالها يعتبر مثلها في الأجنبيات . وفي «خزانة الأكمل» : امرأة لا مثل لها في الجمال ومالها في قبيلتها ، ينظر إلى قبيلة أخرى مثل قبيلة أبيها ، وعند أبي حنيفة لا تعتبر الأجنبيات .

م : **(لأن مهر المثل يختلف باختلاف هذه الأوصاف) ش:** أشار به إلى الأوصاف الثمانية المذكورة ، فإن الغنية تنكح بأكثر ما تنكح الفقيرة ، وكذا الشابة مع العجوز والحسناء والشوهاء ، وكذا البواقي م : **(وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر) ش:** أراد بالدار البلد ، وأن يكون من هو بحالها في بلدها ، حتى لا يعتبر مهرها بمهر عشيرتها في بلدة أخرى ، فإن لم يوجد فيهم من يماثلها اعتبر بالأجانب من بلدها بإجماع الأئمة ، وتحصيلاً للمقصود بقدر الوسع ، كذا في «المبسوط» .

وفي «المحيط»و«الذخيرة» : يعتبر حالها بمن هو مثلها في هذه الصفات يوم التزويج . قوله : - والعصر - أي واختلاف العصر ، أي الزمان .

قالوا : ويعتبر التساوي أيضاً في البكارة ؛ لأنه يختلف بالبكارة والثيوبة . وإذا ضمن الولي المهر صح ضمانه؛ لأنه من أهل الالتزام ، وقد أضافه إلى ما يقبله، فيصح. ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها ، أو وليها اعتباراً بسائر الكفالات، ويرجع الولي إذا أدى على الزوج إن كان بأمره كما هو الرسم في الكفالة ، وكذلك يصح هذا الضمان وإن كانت الزوجة صغيرة بخلاف ما إذا باع الأب مال الصغير وضمن الثمن ، لأن الوكيل سفير ومعبر في النكاح ، وفي البيع عاقد

م : (**قالوا**) ش : أصحابنا : م : (**ويعتبر التساوي في البكارة أيضًا؛ لأنه**) ش : أي لأن الشأن م: (**يختلف بالبكارة والثيوبة**) ش : قال صاحب «المغرب» : الثيب من النساء التي قد تزوجت، والجمع ثيبات ، والثيابة الثيبوبة في قصدها فليس من كلامهم . وقال الجوهري : رجل ثيب وامرأة ثيب ، والذكر والأنثى فيه سواء .

م : (**وإذا ضمن الولي المهر صح ضمانه**) ش : يعني إذا زوج الولي ابنته ، وضمن لها المهر صح ضمانه ، سواء كان الزوج صغيرًا أو كبيرًا ، وسواء كان من جانب الزوج أو الزوجة ، لكن في الصغيرة إذا زوجها أبوها فللمرأة أن تطالب الأب بالمهر وإن لم يضمنه باللفظ ، ذكره في «شرح الطحاوي» و«التتمة » .

م : (**لأنه**) ش : أي لأن الولي م : (**من أهل الالتزام**) ش : لأنه عاقل بالغ، وصبر نفسه رغيمًا ، والرغيم غارم بالحديث م : (**وقد أضافه إلى ما يقبله**) ش : أي أضاف الالتزام، أو الضمان إلى شيء يقبل الضمان وهو المهر ، وذلك لأن المهر ، وهو دين مضمون م : (**فيصح**) ش: بخلاف ما إذا باع الأب مال ولده الصغير ، وضمن الثمن عن المشتري لم يصح ، فلو صح الضمان كان ضامنًا لنفسه ، ولا يصح على ما يجيء عن قريب .

م : (**ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها ، أو وليها اعتباراً بسائر الكفالات**) ش : لأن الحكم في الكفالة هكذا : أن المكفول له إن شاء طالب الكفيل ، وإن شاء طالب الأصيل على ما عرف في موضعه .

م : (**ويرجع الولي إذا أدى**) ش : الولي المهر إلى البنت . م : (**على الزوج**) ش : يتعلق بقوله-يرجع - م : (**إن كان**) ش : أي الضمان م : (**بأمره**) ش : أي بأمر الزوج م : (**كما هو الرسم**) ش : أي العادة المستمرة م : (**في الكفالة**) ش : أي الكفيل يرجع على الأصيل إن كان بأمره م : (**وكذلك يصح هذا الضمان**) ش : أي ضمان المهر م : (**وإن كانت الزوجة صغيرة**) ش : أو كبيرة بكرًا م : (**بخلاف ما إذا باع الأب مال الصغير وضمن الثمن**) ش : فإنه لا يصح ضمانه ، والعرف هو قوله ، م : (**لأن الوكيل سفير ومعبر في النكاح**) ش : ولهذا وكيل الزوجة لا يجبر على تسليمها ووكيل الزوج لا يطالب بالمهر م : (**وفي البيع عاقد**) ش : أي الولي في البيع عاقد

ومباشر حتى ترجع العهدة عليه والحقوق إليه ويصح إبراؤه عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- ويملك قبضه بعد بلوغه ، فلو صح الضمان يصيرضامناً لنفسه وولاية قبض المهر للأب بحكم الأبوة لا باعتبار أنه عاقد ، ألا ترى أنه لا يملك القبض بعد بلوغها فلا يصير ضامناً لنفسه .

م : (**ومباشر**) ش : أصيل في حقوقه م : (**حتى ترجع العهدة عليه والحقوق إليه**) ش : وحقوق العقد مثل تسليم المبيع وتسليم الثمن ونحوهما .

وفي « الغاية » : هذا كما لو أنه زوج الصغيرة وضمن لها المهر عن الزوج ، أما إذا زوج ابنه الصغير في حال صحته وضمن عنه لزوجته المهر يصح إذا قبلت المرأة ذلك ولم يتعرض إليه المصنف ، وإذا أدى الأب بعد ذلك لم يرجع على الأب استحسانًا .

وفي القياس : يرجع ، لأن غير الأب لو ضمن بإذن الأب وأدى يرجع في مال الصغير فكذلك الأب . وجه الاستحسان أن الآباء يتحملون المهور عن أبنائهم عادة ولا يطمعون في الرجوع ، والثابت بالعرف كالثابت بالنص إلا إذا شرط الرجوع في أصل الضمان، فحينئذ يرجع بخلاف الوصي إذا أدى المهر عن الصغير بحكم الضمان يرجع ؛ لأن الشرع من الوحي لا يوجد عادة ، هذا إذا أدى الأب بعد الضمان ، أما إذا مات قبل الأداء فللمرأة الخيار إن شاءت أخذت المهر من الزوج ، وإن شاءت استوفت ذلك من تركة الأب ، لأن الكفالة كانت صحيحة فلا تبطل بالموت ، ثم إذا استوفت من التركة . قال في «المبسوط» : يرجع على سائر الورثة بذلك في نصيب الابن ، وعليه إن كان قبض نصيبه . وقال زفر : لا يرجع ولم يذكر خلاف أبي يوسف فيه . وفي «الكافي» للحاكم الشهيد أيضًا ، والولوالجي في «الفتاوى» ذكر خلاف أبي يوسف كما هو مذهب زفر ، وكذا أثبت خلاف أبي يوسف في «خلاصة الفتوى» منقول عن «المحيط» أن الخصاف ذكر ذلك ، وإن كان الضمان عن الأب في مرض الموت فهو باطل ، وكذلك كل ضمان في مرض الموت عن الوارث فهو باطل ، والمجنون بمنزلة الصبي في جميع ذلك، لأنه ولي عليه كالصغير ، سواء كان الجنون أصليًا أو عارضًا .

ولو زوج الأب طفله الصغير امرأة بمهر معلوم لا يلزم المهر أباه إلا إذا ضمن . وقال مالك والشافعي - في القديم - : المهر على الأب لأنه ضمن دلالة ، قلنا : الصداق على أخذ الساق بالآثار .

م : (**ويصح إبراؤه**) ش : أي إبراء الأب الثمن من المشتري م : (**عند أبي حنيفة ومحمد**) ش: وذكر شمس الأئمة السرخسي في «مبسوطه» صحة الإبراء ولم يذكر الخلاف م : (**ويملك قبضه بعد بلوغه**) ش : أي يملك الأب قبض الثمن بعد بلوغ الصبي ، هذا إيضاح لرجوع العهدة على العاقد في البيع م : (**فلو صح الضمان**) ش : أي ضمان الأب الثمن عن المشتري في البيع م:(**يصير ضامنًا لنفسه**) ش : فلا يصح وقد مر بيانه .

قال : وللمرأة أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر وتمنعه أن يخرجها، أي يسافر بها ، ليتعين حقها في البدل كما تعين في حق الزوج في المبدل وصار كالبيع .

م : (**وولاية قبض المهر للأب**) ش : هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال : كيف قلتم : إن الأب سفير لا يرجع حقوق العقد إليه ، وله ولاية قبض مهر الصغير ، وقال الكاكي : تقدير السؤال أن يقال : الأب يملك قبض الصداق كالوكيل يملك قبض الثمن ، فلو صح ضمانه يصير ضامنًا لنفسه ، وذا لا يجوز هناك ، وكذا في الأب فأجاب عنه بقوله : وولاية قبض المهر للأب م: (**بحكم الأبوة**) ش : أي بولاية الأبوة م : (**لا باعتبار أنه عاقد**) ش : ثم لا يشترط إحضار الزوجة حتى يقبض الأب مهرها عند علمائنا ، وعند زفر وهو قول أبي يوسف الآخر فتشترط . وفي «المرغيناني» : لا يشترط ولم يحك خلافًا .

م : (**ألا ترى أنه**) ش : أي الأب م : (**لا يملك القبض**) ش : أي قبض المهر م : (**بعد بلوغها**) ش : أي عند هبتها إياه عن القبض ، فلو كان باعتبار أنه عاقد يقبض بعد البلوغ أيضًا ، كما في ثمن المبيع وقال الولوالجي في « فتاواه » : للأب أن يطالب بمهر البكر ، وإن كانت كبيرة ، والقياس أن لا يطالب لأن ولاية الأب ينقطع عنهما بالبلوغ . ووجه الاستحسان أن العادة فيما بين الناس أن الآباء يقبضون صداق البنات ويجهزون بها البنات ، والبنت تكون راضية بتصرف الأب ، لأنها تستحي عن المطالبة بنفسها ، ولو رغب أباها عن قبض الصداق لا يملك الأب المطالبة ، وليس لأحد من الأولياء أن يقبض الجارية المدركة مهرها إلا بوكالة منها .

ثم الأب في حق البكر البالغة إنما يملك قبض صداقها المسمى لا غير ، حتى أن المسمى إذا كان بيضًا والأب قبض السود لا يجوز لأنه استبدال ، والأب لا يملك الاستبدال . قال شمس الأئمة السرخسي : هذا مذهب علمائنا ، وروي عن علماء بلخ أنهم جوزوا ذلك حتى من قبض بعض العبد أن من جنس المسمى ، وبالنصف ضياعاً يجوز ، قال : هذا أرفق بالناس . وقال في «الفتاوى الصغرى» : لو قبض السود مكان البيض أو على العكس لا يجوز وإن قبض الضياع لا يجوز إلا في موضع جرت العادة كما في[. . .] يأخذون بعض المهر ضياعًا . م : (**فلا يصير ضامنًا لنفسه**) ش : توضيح لما قبله، م : (**قال**) ش : أي محمد في «الجامع الصغير» : م : (**وللمرأة أن تمنع نفسها**) ش : أي من الزوج م : (**حتى تأخذ المهر**) ش : هذا إذا كان المهر عاجلاً ، أما إذا كان مؤجلاً ففيه اختلاف بين أصحابنا على ما يجيء إن شاء الله تعالى . م : (**وتمنعه**) ش : أي ولها أيضًا أن تمنع زوجها م : (**أن يخرجها ، أي يسافر بها**) ش : فسر الإخراج بالمسافرة م : (**ليتعين حقها في البدل**) ش : أي لتعين حق المرأة في المهر م : (**كما تعين في حق الزوج في المبدل**) ش : وهو البضع م : (**وصار كالبيع**) ش : يعني أن البائع يحبس المبيع لطلب الثمن ، فكذلك المرأة تحبس بضعها لطلب المهر .

وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة أهلها حتى يوفيها المهر كله ، أي المعجل ، لأن حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل الإيفاء . ولو كان المهر كله مؤجلاً ليس لها أن تمنع نفسها لإسقاطها حقها بالتأجيل كما في البيع ، وفيه خلاف أبي يوسف -رحمه الله -. وإن دخل بها فكذلك الجواب عند أبي حنيفة -رحمه الله- . وقالا : ليس لها أن تمنع نفسها والخلاف فيما إذا كان الدخول برضاها ، حتى لو كانت مكرهة أو كانت صبية أو مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق ، وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها ، ويبتنى على هذا استحقاق النفقة .

م : (**وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من منزله**) ش : أي منزل الزوج م : (**وزيارة أهلها**) ش : أي ليس له أيضًا أن يمنعها من زيارة أهلها (**حتى يوفيها المهر كله، أي المعجل**) ش : من المهر م : (**لأن حق الحبس لاستيفاء المستحق**) ش : لأن حق الحبس للزوج لأجل أن يستوفي منها مستحقه وهو الانتفاع ببضعها م : (**وليس له حق الاستيفاء قبل الإيفاء**) ش : أي قبل أن يوفي حقها وهو المهر وفي «المحيط» : تخرج في حوائجها وزيارة أهلها وتسافر بغير إذنه حتى يوفيها جميع المهر ، والظاهر أن التأكيد في كل المهر على المعجل منه . م : (**ولو كان المهر كله مؤجلاً ليس لها أن تمنع نفسها لإسقاطها حقها بالتأجيل**) ش : أي لإسقاط حق طلبها بسبب تأجيل المهر ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد م : (**كما في البيع**) ش : يعني أن الثمن إذا كان مؤجلاً ، للبائع أن يحبس المبيع ، فكذلك لا تحبس المرأة نفسها إذا كان المهر مؤجلاً .

م : (**وفيه خلاف أبي يوسف**) ش : فإنه قال : لها أن تمنع نفسها إذا كان المهر مؤجلاً إلى أجل معلوم ، سواء كانت المدة قصيرة أو طويلة ، لأن ملك البضع لا يعرى عن ملك البدل . وعن أبي حنيفة ومحمد : ليس لها أن تمنع نفسها لأنها رضيت بإسقاط حقها فلا تمنع نفسها ، وبه قال الشافعي وأحمد ومالك م : (**وإن دخل بها فكذلك الجواب**) ش : أي كما أن المرأة لها أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر وتمنعه هي من أن يخرجها فيما قبل الدخول بالاتفاق ، فكذلك بعد الدخول م : (**عند أبي حنيفة**) ش : وهذا قول أبي حنيفة آخرًا كذا في «الإيضاح » .

م : (**وقالا : ليس لها أن تمنع نفسها**) ش : وهو قول أبي حنيفة أولاً م : (**والخلاف**) ش : أي الخلاف المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه م : (**فيما إذا كان الدخول برضاها حتى لو كانت مكرهة أو كانت صبية أو مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق على هذا الخلاف**) ش : المذكور .

م : (**والخلوة بها برضاها**) ش : مثل الخلاف في الدخول م : (**ويبتنى على هذا**) ش : الخلاف م:(**استحقاق النفقة**) ش : فعند أبي حنيفة إذا منعت نفسها بعد الدخول لا تسقط نفقتها ، لأن المنع بحق ، وعندهما لا نفقة لها .

وقال فخر الإسلام البزدوي في «شرح الجامع الصغير» : كان أبو القاسم الصفار يفتي في

لهما أن المعقود عليه كله قد صار مسلماً إليه بالوطأة الواحدة ،أو بالخلوة ، ولهذا يتأكد بهما جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع إذا سلم المبيع . وله أنها منعت منه ما قابل بالبدل، لأن كل وطأة تصرف في البضع المحترم ، فلا يخلى عن العوض إبانة لحظره ، والتأكيد بالواحدة لجهالة ما وراءها، فلا يصلح مزاحماً للمعلوم ، ثم إذا وجد آخر، وصار معلوماً تحققت المزاحمة، وصار المهر مقابلاً بالكل كالعبد إذا جنى جناية يدفع كله بها ، ثم إذا جنى أخرى وأخرى يدفع بجميعها. وإذا أوفاها مهرها نقلها إلى حيث شاء ،لقوله تعالى: ﴿أسكنوهن من حيث

المنع بقول أبي يوسف ، ومحمد ، وفي السفر بقول أبي حنيفة ، قال: وهذا أحسن في الفتيا ، يعني بعد الدخول لا تمنع نفسها بطلب المهر ، فإذا امتنعت لا تسقط نفقتها ، كما هو مذهب أبي حنيفة .

م : (**لهما**) ش : أي لأبي يوسف، ومحمد م : (**أن المعقود عليه**) ش : وهو البضع م : (**كله قد صار مسلمًا إليه**) ش : أي إلى الزوج م : (**بالوطأة الواحدة وبالخلوة ، ولهذا**) ش : أي ولأجل كون المعقود عليه مسلمًا بالوطأة الواحدة، وبالخلوة م : (**يتأكد بهما**) ش : أي بالوطأة الواحدة وبالخلوة م : (**جميع المهر**) ش : فإذا كان الأمر كذلك م : (**فلم يبق لها حق الحبس كالبائع إذا سلم المبيع**) ش : أي باختياره قبل قبض الثمن .

م : (**وله**) ش : أي ولأبي حنيفة م : (**أنها**) ش : أي أن المرأة م : (**منعت منه**) ش : أي من الزوج م : (**ما قابله البدل**) ش : وهو البضع م : (**لأن كل وطأة تصرف في البضع المحترم ،فلا يخلى**) ش: على صيغة المجهول الخلاء على البضع المحترم م : (**عن العوض**) ش : يعني لا يجوز إخلاؤه عن العوض م : (**إبانة لحظره**) ش : أي لأجل الإبانة بحظر الذي هو المحل المحترم م : (**والتأكيد بالواحدة**) ش : هذا جواب عن قولهما : ولهذا يتأكد بها جميع المهر ، تقديره أن التأكيد بالواحدة، أي تأكد المهر بالوطأة الواحدة م : (**لجهالة ما وراءها**) ش : أي لأجل جهالة ما وراء الوطأة الواحدة م : (**فلا يصلح مزاحمًا للمعلوم**) ش : لأن المجهول لا يزاحم المعلوم .

م : (**ثم إذا وجد آخر**) ش : أي وطء آخر م : (**وصار معلومًا تحققت المزاحمة**) ش : فيزاحم الأول لكونه معلومًا يصير المهر مقابلاً له، وبالأول ، وإذا وجد آخر فكذلك م : (**وصار المهر مقابلاً بالكل**) ش : أي بكل الوطآت، ويظهر ذلك بقوله : م : (**كالعبد إذا جنى جناية يدفع كله بها**) ش : أي بهذه الجناية م : (**ثم إذا جنى أخرى**) ش : أي جناية أخرى م : (**وأخرى**) ش : أي وجناية أخرى إلى ما لا يتناهى م : (**يدفع لجميعها**) ش : أي لجميع الجنايات .

م : (**وإذا أوفاها مهرها نقلها إلى حيث شاء**) ش : أي إذا أوفى الرجل امرأته مهرها المعجل ، كذا قيده الكاكي ، نقلها إلى حيث شاء من البلاد م : (**لقوله عز وجل : ﴿ أسكنوهن من حيث**

سكنتم من وجدكم ﴾ (الطلاق:الآية٦) ،وقيل : لا يخرجها إلى بلد غير بلدها؛ لأن الغريب يؤذى ، وفي قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة . قال : ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر ، فالقول قول المرأة إلى تمام مهر مثلها ، والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل .

سكنتم من وجدكم ﴾) (الطلاق : الآية ٦) ش : وبه قال الشافعي ، ومالك ، وأحمد ، وأصحابهم .

م : (**وقيل**) ش : قاله الفقيه أبو الليث -رحمه الله تعالى - ،وقال الأترازي : هو محمد ابن سلمة . قلت : لا يضر ذلك ؛ لأن كلاً من أبي الليث ، ومحمد بن سلمة قائل بذلك م : (**لا يخرجها إلى بلد غير بلدها ، لأن الغريب يؤذى**) ش : وذكر في «فصول الأستروشي» : الزوج إذا أراد أن يخرج المرأة إلى بلد أخرى وقد أوفى لها مهرها ليس له ذلك ، هكذا اختاره أبو الليث- رحمه الله تعالى - .

وقال ظهير الدين المرغيناني : في الأخذ بقول الله عز وجل أولى من الأخذ بقول الفقيه ، قال الله تعالى : ﴿ أسكنوهن من حيث سكنتم ﴾ وذكر في «التجنيس» : والفتوى على أن للزوج أن يسافر بها إذا أوفاها المعجل ؛ لقوله تعالى: ﴿ أسكنوهن ﴾ الآية (الطلاق: الآية ٦) ، **ولأن الغريب يؤذى**) .

ش : فإن قيل : هذا التعليل معارض بقوله : ﴿ أسكنوهن من حيث سكنتم ﴾ ، فلا يقبل .

قلنا : قوله تعالى : ﴿ أسكنوهن من حيث سكنتم ﴾ مقيد بالنص بترك الإضرار ، بدليل سياق الآية ، وهو قوله تعالى : ﴿ ولا تضاروهن ﴾ (الطلاق : الآية ٦) ، وفي النقل إلى بلد آخر مضارة ، ولهذا جاز الإخراج برضاها . وفي «المحيط» : المختار لمشايخنا أن لا يخرجها من بلدها ، وجواز النقل ظاهر الرواية . وقال صاحب «ملتقى البحار» وأفتى بأنه يتمكن من نقلها إذا أوفاها المعجل ، ومن المؤجل .

م : (**وفي قرى المصر القريبة**) ش : أي ما دون مدة السفر م : (**لا تتحقق الغربة**) ش : لقرب المسافة ، بخلاف مدة السفر وما فوقها . وسئل أبو القاسم الصفار عمن يخرجها من المدينة إلى القرية ، ومن القرية إلى المدينة ، فقال : ذلك بيتوتة وليس بسفر ، وإخراجها من بلد إلى بلد سفر وليس ببيتوتة .

م : (**قال**) ش : أي محمد في «الجامع الصغير» : م : (**ومن تزوج امرأة ، ثم اختلفا في المهر**) ش : أي الزوجان اختلفا في المهر تسميته ، بأن قال الرجل : تزوجتك بألف ، وقالت المرأة : بألفين م : (**فالقول قول المرأة إلى تمام مهر مثلها ، والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل**) ش : وعند الشافعي يتحالفا ، كما في البيع ، ولا يفسخ النكاح ، سواء كان الاختلاف قبل الدخول أو بعده ، ويجب مهر المثل . وقال مالك : إن كان الاختلاف بعد الدخول فالقول قول الزوج ، وكذا لو كان بعد موتهما ، وإن كان قبل الدخول يتحالفان ، ويفسخ النكاح بناء على أصله أن

وإن طلقها قبل الدخول بها فالقول قوله في نصف المهر ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد-رحمهما الله- . وقال أبو يوسف : القول قوله قبل الطلاق وبعده ،

فساد الصداق يوجب فساد النكاح ، وهذه المسألة على وجوه ذكرت هنا .

منها ما إذا قال الزوج : ألف ، وقالت المرأة : ألفان ، وكان هذا بعد الدخول ، قبل الطلاق ، أو بعده بحكم مهر المثل ، حتى لو كان مهر المثل ألفًا أو أقل ، فالقول قول الزوج ، مع إنكاره الزيادة بالله ما تزوجها على ألفين ، وإن نكل أعطاها الألفين على سبيل التسمية دراهم لا خيار للزوج فيها ، وإن حلف لا يثبت الفضل ، وأيهما أقام البينة قبلت بينته ، فإن أقاما البينة جميعًا كانت بينة المرأة أولى ، لأنها كانت أكثر إثباتًا ، كالبائع والمشتري أقاما البينة على مقدار الثمن تكون بينة البائع أولى لما قلنا ، هذا إذا كان مهر المثل ألفًا أو أقل . فإذا كان ألفين أو أكثر فالقول قولها مع اليمين ما رضيت بألف ؛ لأنها تنكر للحط الذي يدعيه الزوج ، فإن نكلت يجب لها الألف باعتبار التسمية ، وإن حلف ثبت لها الألفان ، ألف منها باعتبار التسمية ، وألف آخر باعتبار تحكيم مهر المثل ، وللزوج خيار في هذه الألف إن شاء أعطاها دراهم كما سماها ، وإن شاء أعطاها من الدنانير ما يساوي ألف درهم ، فأيهما أقام البينة على دعواه قبلت بينته ؛ لأن كل واحد منهما مدع ظاهرًا ، و إذا أقاما جميعًا فبينة الزوج أولى وهو الصحيح .

فإذا كان مهر مثلها ألفًا وخمسمائة يجب التحالف ، ويبدأ التحالف بالمقرعة ، ولم يتعرض له المصنف ، فإن نكل الزوج ثبت الألفان [. . .] ، وإن نكلت المرأة ثبت الألف ، وإن حلفا جميعًا ألف وخمسمائة الألف باعتبار التسمية ، والخمسمائة باعتبار تحكيم مهر المثل ، وللزوج خيار فيها ، وأيهما أقام البينة قبلت بينته ، وإن أقاما جميعًا تهاترت البينتان للتعارض ، ووجب مهر المثل ويخير الزوج فيها .

م : (**وإن طلقها قبل الدخول بها**) ش : فلها الزوج م : (**فالقول قوله في نصف المهر**) ش : هذا وجه آخر من الوجوه المتعلقة بهذا المسألة ، صورته : قال الزوج تزوجتك بألف ، لا بل بألفين قبل الدخول بها فالقول قول الزوج في نصف المهر ، ولا يحكم متعة مثلها ، هذه على رواية «الجامع الصغير» و«المبسوط» .

وقال في «الجامع الكبير» : يحكم متعة مثلها ، فإن شهدت لأحدهما فالقول له مع يمينه إن كانت بين الاثنين حلف كل واحد منهما م : (**وهذا عند أبي حنيفة ومحمد-رحمهما الله تعالى -**) ش : أي هذا المذكور من قوله : من تزوج امرأة إلى هنا عند أبي حنيفة ومحمد ، وبه قال أحمد في رواية ، وإن خصهما بالذكر ؛ لأن عند أبي يوسف القول قول الزوج في جميع الصور .

م : (**وقال أبو يوسف : القول قوله قبل الطلاق وبعده**) ش : لأن القول قول الزوج مع يمينه ،

إلا أن يأتي بشيء قليل ، ومعناه ما لا يتعارف مهراً لها هو الصحيح .لأبي يوسف-رحمه الله-: أن المرأة قد تدعي الزيادة ، والزوج ينكر ، والقول قول المنكر مع يمينه ، إلا أن يأتي بشيء يكذبه الظاهر فيه ، وهذا لأن تقوم منافع البضع ضروري ، فمتي أمكن إيجاب شيء من المسمى لا يصار إليه . ولهما أن القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر ، والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل ، لأنه هو الموجب الأصلي في باب النكاح ، وصار كالصباغ مع رب الثوب إذا اختلفا في مقدار الأجر تحكم فيه قيمة الصبغ ،

وسواء كان الاختلاف قبل الطلاق أو بعده ،وبه قال أحمد في رواية م : (**إلا أن يأتي بشيء قليل**) ش : اختلفوا في معنى الشيء القليل ، فقال المصنف م : (**ومعناه**) ش : أي ومعنى الشيء القليل .

وقال الأترازي : إن معنى قول أبي يوسف إلا أن يأتي بشيء قليل م : (**ما لا يتعارف مهراً لها**) ش : يعني تفسير القليل أن يذكر الزوج شيئًا لا يتزوج مثل تلك المرأة على ذلك المهر عادة. وقيل معناه دون العشرة ، لأنه مستنكر شرعًا ، وروي هذا عن أبي يوسف، وفي «قاضي خان»: تفسير المستنكر عن أبي يوسف روايتان ، إحداهما : ما دون العشرة ، والثانية : ما لا يتزوج على مثله ، وهذه هي الصحيحة ،أشار إليه المصنف بقوله : م : (**هو الصحيح**) ش : وكذا قال في «البدائع» هو الصحيح . وفي «المحيط» و«قاضي خان»: أصح، ويحكى عن أبي الحسن الكرخي .

م : (**لأبي يوسف أن المرأة قد تدعي الزيادة ،والزوج ينكر ، والقول قول المنكر مع يمينه، إلا أن يأتي بشيء يكذبه الظاهر فيه**) ش : بأن ذكر أقل من عشرة دراهم ؛ لأن ظاهر الشرع ينكره، وظاهر الحال يكذبه م : (**وهذا**) ش : أي هذا الذي ذكره أبو يوسف م : (**لأن تقوم منافع البضع ضروري**) ش : لأنه ليس بمال ، وإنما يتقوم تعظيماً لخطره .

وقال الأترازي : يعني لضرورة التوالد والتناسل م : (**فمتى أمكن إيجاب شيء من المسمى لا يصار إليه**) ش : أي إلى مهر المثل ؛ لأن مهر المثل إنما يعتبر عند انعدام التسمية اعتبارًا على أصل التسمية، فلا نحكم بمهر المثل .

م : (**ولهما**) ش : أي ولأبي حنيفة، ومحمد م : (**أن القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر**) ش : يعني ظاهر الحال م : (**والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل ،لأنه**) ش : أي لأن مهر المثل م : (**هو الموجب الأصلي في باب النكاح**) ش : شرعًا م : (**وصار كالصباغ مع رب الثوب**) ش : أي صار تحكيم مهر المثل في الاختلاف في مقدار المهر كاختلاف الصباغ مع صاحب الثوب ، بيانه أن رب الثوب قال صبغته بدرهم ، وقال الصباغ : بدرهمين ، وهو معنى قوله: م : (**إذا اختلفا في مقدار الأجر**) ش : أي الأجرة.

م : (**تحكم فيه**) ش : على صيغة المجهول من التحكيم م : (**قيمة الصبغ**) ش : ينظر ما زاد

ثم ذكر ها هنا أن بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله في نصف المهر ، وهذا رواية «الجامع الصغير» والأصل . وذكر في «الجامع الكبير» : أنه يحكم متعة مثلها ، وهو قياس قولهما ؛ لأن المتعة موجبة بعد الطلاق كمهر المثل قبله، فتحكم كمهر. ووجه التوفيق أنه وضع المسألة في الأصل في الألف والألفين، والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة ، فلا يفيد تحكيمها ووضعها في «الجامع الكبير»: في العشرة والمائة، ومتعه مثلها عشرون، فيفيد تحكيمها ، والمذكور في «الجامع الصغير» ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الأصل . وشرح قولهما فيما إذا اختلفا في حال قيام النكاح

الصباغ في قيمة الثوب إن كان درهمًا أو أكثر أعطي ذلك ،ويحلف بالله ما صبغه بما ادعى رب الثوب، ويحلف رب الثوب بالله ما صبغته بأكثر من ذلك ،وذلك لأن الصبغ غير مال قائم ، فوجب الرجوع إلى قيمته وتحكيمه ،كذا قال القدوري في شرح كتاب «الاستحلاف» .

م : (ثم ذكر) ش : أي محمد -رحمه الله- م : (ها هنا) ش : أي في المسألة ، وفي بعض النسخ ثم إنه وضعها ها هنا م : (**أن بعد الطلاق قبل الدخول ، القول قوله**) ش : أي قول الزوج م:(**في نصف المهر**) ش : أي عند أبي حنيفة ومحمد ،ولا يحكم متعة مثلها م : (**وهذا رواية «الجامع الصغير» والأصل**) ش : أي «المبسوط» .

م : (**وذكر**) ش : أي محمد م : (**في «الجامع الكبير»: أنه يحكم متعة مثلها**) ش : فإن شهدت لأحدهما فالقول له مع يمينه ، وإن كانت بين الأمرين حلف كل واحد منهما كما في حال قيام النكاح م : (**وهو قياس قولهما**) ش : أي قول أبي حنيفة ومحمد ، وإنما خصهما ؛ لأن على قول أبي يوسف القول قول الزوج م : (**لأن المتعة موجبة**) ش : أي موجب النكاح م : (**بعد الطلاق**) ش : قبل الدخول م : (**كمهر المثل قبله**) ش : أي قبل الطلاق م : (**فتحكم**) ش : أي المتعة م:(**كمهر**) ش : أي كمهر المثل قبل الطلاق .

م : (**ووجه التوفيق**) ش : أي بين رواية الأصل و«الجامع الكبير» م : (**أنه**) ش : أي أن محمداً م : (**وضع المسألة في الأصل في الألف والألفين ،والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة ، فلا يفيد تحكيمها**) ش : أي تحكيم المتعة ؛ لأن الزوج معترف بنصف الألف م : (**ووضعها**) ش : أي المسألة م : (**في «الجامع الكبير» في العشرة والمائة ، ومتعة مثلها عشرون ،فينفذ تحكيمها، والمذكور في «الجامع الصغير» ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الأصل**) ش : أي «المبسوط» وهو المتعارف، إذ المتعارف هو الاختلاف في الألوف . وقيل : إن «المبسوط» صنف أولاً ،ثم «الجامع الصغير» ،فيكون المذكور في «المبسوط» كالمعهود فيحمل عليه ، وقيل في المسألة روايتان.

م : (**وشرح قولهما**) ش : أي قول أبي حنيفة ومحمد م : (**فيما إذا اختلفا**) ش : أي الزوجان م : (**في حال قيام النكاح**) ش : هذا وجه آخر من الوجوه المتعلقة بالمسألة المذكورة ، وهو أن

أن الزوج إذا ادعى الألف والمرأة الألفين، فإن كان مهر مثلها ألفاً أو أقل فالقول قوله ، وإن كان ألفين أو أكثر فالقول قولها ،وأيهما أقام البينة في الوجهين تقبل بينته، وإن أقاما البينة في الوجه الأول تقبل بينتها لأنها تثبت الزيادة ، وفي الوجه الثاني بينته لأنها تثبت الحط ، وإن كان مهر مثلها ألفاً وخمسمائة تحالفا . وإذا حلفا يجب ألف وخمسمائة ، هذا تخريج الرازي -رحمه الله- . وقال الكرخي -رحمه الله- :يتحالفان في الفصول الثلاثة،

الزوجين إذا اختلفا في مقدار المهر قبل الطلاق م : (**أن الزوج إذا ادعى الألف، والمرأة الألفين فإن كان مهر مثلها ألفًا أو أقل فالقول قوله**) ش : أي مع اليمين ؛ لأن الظاهر شاهد له ، لأن في الدعاوى القول لمن يشهد له الظاهر . م : (**وإن كان**) ش : أي مهر مثلها م : (**ألفين أو أكثر فالقول قولها**) ش : أي قول المرأة مع يمينها م : (**وأيهما**) ش : أي أيما الزوجين م : (**أقام البينة في الوجهين**) ش : أي فيما إذا كان مهر مثلها ألفين أو أكثر م : (**تقبل بينته ، وإن أقاما البينة في الوجه الأول تقبل بينتها ؛لأنها تثبت الزيادة ، وفي الوجه الثاني**) ش : أي فيما إذا كان مهر مثلها ألفين أو أكثر تقبل م:(**بينته ؛لأنها تثبت الحط**) ش : أي حط أحد الألفين ، والأصل في هذا هو البينة تثبت ما ليس ثابتًا ظاهرًا م : (**وإن كان مهر مثلها ألفًا وخمسمائة**) ش : هذا وجه آخر من الوجوه المتعلقة بالمسألة المذكورة م : (**تحالفا**) ش : لأن المرأة تدعى الزيادة عليه وهو ينكر ، والزوج يدعى عليها الحط عن مهر المثل وهي تنكر ، وينبغي أن يقرع القاضي في البداية بالحلف ، ذكره في « جامع قاضي خان» والقرعة مستحبة ، ولكن يبدأ بأيهما شاء ، وذكر الإمام المحبوبي يبدأ بيمين الزوج ؛ لأنه أثبتهما إنكارًا . وقال مالك بكليهما على المشهور .

م : (**فإذا حلفا يجب ألف وخمسمائة**) ش : يجب ألف بطريق التسمية ، لا يخير الزوج فيها لاتفاقهما على تسمية الألف ، ويجب خمسمائة باعتبار مهر المثل يخير فيها الزوج ، وأيهما أقام البينة قبلت بينته ، وإن أقاما يقضي بالألف وخمسمائة ، ألف بطريق التسمية وخمسمائة باعتبار مهر المثل ، لأن البينتين بطلتا لمكان التعارض ، ونص محمد في هذا الفصل : أن بينة المرأة أولى لإثباتها الزيادة .

م : (**هذا تخريج الرازي**) ش : أي وجوب التحالف في فصل واحد ، وهو ما إذا خالف مهر المثل قولهما هو تخريج الرازي ،أي وجوب التحالف في فصل واحد هو ما إذا خالف مهر المثل قولهما هو تخريج الشيخ أبي بكر الجصاص أحمد بن علي الرازي من كبار علماء العراقيين صاحب التصانيف م : (**يتحالفان**) .

م : (**وقال الكرخي : -رحمه الله -**) ش : وهو الشيخ أبو الحسن الكرخي أستاذ المحققين، وهو أستاذ أبو بكر الرازي ،ولد سنة ستين ومائتين ومات سنة ثمانين وثلاثمائة . وقال الفائق : ولد سنة خمس وثلاثمائة ، ومات سنة سبعين وثلاثمائة م : (**في الفصول الثلاثة**)

ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك . ولو كان الاختلاف في أصل المسمى يجب مهر المثل بالإجماع؛لأنه هو الأصل عندهما ، وعنده تعذر القضاء بالمسمى ، فيصار إليه ، ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما فالجواب فيه كالجواب في حال حياتهما لأن اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت أحدهما . ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج ، عند أبي حنيفة -رحمه الله- ، ولا يستثني القليل . وعند أبي يوسف -رحمه الله- القول قول الورثة إلا أن يأتوا بشيء قليل ، وعند محمد - رحمه الله- الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة ، وإن

ش : أي فيما إذا كان مهر المثل ألفًا أو أقل ، أو ألفين أو أكثر ألفًا وخمسمائة م : (**ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك**) ش : لأنهما لما حلفا تعذرت التسمية ، فيحكم بمهر المثل ، قيل : قول أبي بكر أصح .

م : (**ولو كان الاختلاف في أصل المسمى**) ش : هذا وجه آخر من الوجوه المتعلقة بالمسألة المذكورة ، أي ولو كان اختلاف الزوجين في أصل المسمى بأن يدعي أحدهما التسمية وينكر الآخر م : (**يجب مهر المثل بالإجماع**) ش : لأنه لا يتمكن المصير إلى المسمى مع وجود الشك ، ولو كان قبل الدخول تجب المتعة بالإجماع ، وهكذا علله بعضهم ، وعلل المصنف بقوله : م:(**لأنه هو الأصل عندهما**) ش : أي لأن مهر المثل هو الأصل عند أبي حنيفة ومحمد .

م : (**وعنده**) ش : أي وعند أبي يوسف م : (**تعذر القضاء بالمسمى**) ش : مع وجود الشك في وجوده م : (**فيصار إليه**) ش : أي إلى مهر المثل ، وتعليل المصنف :

م : (**ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما**) ش : أي بعد موت أحد الزوجين وهذا أيضًا وجه من الوجوه المتعلقة بالمسألة المذكورة ، وصورته : اختلف الحي منهما مع ورثة الميت م : (**فالجواب فيه**) ش : أي في هذا الوجه م : (**كالجواب في حال حياتهما**) ش : أي حال قيام النكاح في الأصل والمقدار . وفي الأصل يجب مهر المثل .

م : (**لأن اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت أحدهما**) ش : أي أحد الزوجين ، كما في المفوضة ، وهي التي زوجت نفسها من رجل بغير مهر إذا كان أحدهما يجب مهر المثل بالإجماع . بأن اختلف ورثتهما م : (**في المقدار**) ش : أي في مقدار المسمى م : (**فالقول قول ورثة الزوج عند أبي حنيفة**) ش : مع اليمين لإنكارهم الزيادة في المقدار ، أي في مقدار المسمى فالقول قول ورثة الزوج أيضًا ، إلا أن يأتوا بشيء م : (**ولا يستثنى القليل**) ش : أي على مذهب أبي حنيفة ، بل يصدق ورثته وإن ادعوا شيئًا قليلاً .

م : (**وعند محمد الجواب فيه**) ش : أي في هذا الوجه م : (**كالجواب في حالة الحياة**) ش : يعني أن القول قول ورثة المرأة على مهر المثل ، وفيما زاد على ذلك القول قول ورثة الزوج م : (**وإن**

كان في أصل المسمى فعند أبي حنيفة -رحمه الله- القول قول من أنكره . فالحاصل أنه لا حكم لمهر المثل عنده بعد موتهما على مهر مسمى على ما نبينه من بعد إن شاء الله . وإذا مات الزوجان وقد سمى لها مهراً فلورثتها أن يأخذوا ذلك من ميراث الزوج ، وإن لم يسم لها مهراً فلا شيء لورثتها عند أبي حنيفة -رحمه الله- . وقالا : لورثتها المهر في الوجهين ، معنى المسمى في الوجه الأول ومهر المثل في الوجه الثاني . أما الأول : فلأن المسمى دين في ذمته ،وقد تأكد بالموت فيقضى من تركته إلا إذا علم أنها ماتت أولاً فيسقط

كان) ش : أي اختلاف الورثة م : (**في أصل المسمى**) ش : بأن ينكر أحدهما المسمى م : (**فعند أبي حنيفة -رضي الله تعالى عنه - القول قول من أنكره**) ش : أي من أنكر أصل المسمى ، ولا يقضي بشيء ؛ لأنه لا يقضي بمهر المثل بعد موتهما عنده ، وعندهما يقضي بمهر المثل ، وبه قال الشافعي ، ومالك ،وأحمد ،وعليه الفتوى ، ولكن الشافعي يقول : بعد التحالف ، وعندنا ، ومالك ، وأحمد لا يجب التحالف .

م : (**والحاصل أنه لاحكم لمهر المثل عنده**) ش : أي عند أبي حنيفة م : (**بعد موتهما**) ش : أي بعد موت الزوجين ، استدل في الأصل ، وقال الأترازي : إن ورثة علي بن أبي طالب - رضي الله تعالى عنه - لو ادعوا على ورثة عمر بن الخطاب -رضي الله تعالى عنه- مهر أم كلثوم بنت علي بن أبي طالب -رضي الله تعالى عنه - لم أقض ذلك في ميراث عمر إلا أن تقوم البينة م:(**على مهر مسمى على ما نبينه من بعد إن شاء الله تعالى**) ش : أشار به إلى دليل أبي حنيفة - رضي الله تعالى عنه - في المسألة التي تلي هذه المسألة ، وهذا أيضًا وجه من الوجوه المتعلقة بالمسألة المذكورة .

م : (**وإذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرًا**) ش : أي والحال أن الزوج قد سمى للمرأة مهرًا م: (**فلورثتها أن يأخذوا ذلك**) ش : أي المسمى م : (**من ميراث الزوج**) ش : إنما يأخذ الورثة جميع المسمى من ميراث الزوج إذا ماتا معًا ، أو لم يعلم سبق أحدهما ، أو علم أن الزوج مات أولاً ، لأن المسمى دين في الذمة وقد تقرر بالموت ، وإن علم أن المرأة ماتت أولاً يسقط من المهر قدر نصيب الزوج من التركة ؛ لأنه ورث دينًا على نفسه على ما يجيء الآن .

م : (**وإن لم يكن سمى لها مهرًا فلا شيء لورثتها عند أبي حنيفة -رضي الله تعالى عنه -، وقالا: لورثتها المهر في الوجهين**) ش : أي فيما إذا سمى ، وفيما إذا لم يسم م : (**معنى المسمى**) ش : أي معنى قولهما بحسب المسمى م : (**في الوجه الأول**) ش : أي فيما إذا سمى م : (**ومهر المثل**) ش : أي ويجب مهر المثل م : (**في الوجه الثاني**) ش : أي فيما إذا لم يسم .

م : (**أما الأول**) ش : وهو وجوب المسمى م : (**فلأن المسمى دين في ذمته وقد تأكد بالموت فيقضى من تركته إلا إذا علم أنها ماتت أولاً**) ش : الاستثناء من قوله : ويقضى من تركته م :(**فيسقط**

نصيبه من ذلك . وأما الثاني : فوجه قولهما أن مهر المثل صار دينًا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت ، كما إذا مات أحدهما، لأبي حنيفة -رحمه الله- أن موتهما يدل على انقراض أقرانهما، فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل . ومن بعث إلى امرأته شيئاً، فقالت : هو هدية ، وقال الزوج : هو من المهرفالقول قوله لأنه هو المتملك، فكان أعرف بجهة التمليك كيف وأن الظاهر أنه يسعى في إسقاط الواجب .

نصيبه من ذلك) ش : أي نصيب الزوج أي من مهر المثل الذي عليه قدر نصيبه من تركة المرأة وقد ذكرناه الآن .

م : (**وأما الثاني**) ش : وهو وجوب مهر المثل م : (**فوجه قولهما : أن مهر المثل صار دينًا في ذمته كالمسمى ، فلا يسقط بالموت ، كما إذا مات أحدهما**) ش : ففيه لا يسقط بالاتفاق .

م : (**ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن موتهما يدل على انقراض أقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل**) ش : أراد أن بانقراض الأقران لا يجد القاضي امرأة من أقرانها حتى يقدر مهر مثلها بتلك المرأة . وقيل : إذا لم يتقادم العهد ومرور الزمان الطويل حتى لو لم يتقادم العهد يتضمن بمهر مثلها عنده أيضًا .

قال السروجي : والتعليل الذي قبل هذا يدل على سقوط مهر المثل بموتهما تقادم أو لا . وفي «المنهاج» : اختلفا في قدر المهر ، وفي صفته تحالفا ،ويفسخ المهر ويجب المثل، وكذا لو أنكر التسمية على الأصح لو اختلفت ورثتهما ، أو وارث أحدهما مع الآخر .

وفي «المغني» : لو قال: لم يكن لها صداق فالقول قولها قبل الدخول وبعده ما ادعت مهر المثل ، وبه قال ابن جبير ،وابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، وابن حنبل ،وابن راهويه ، وهو قول الشعبي ،والثوري ،والشافعي .

وحكي عن فقهاء المدينة السبعة أن بعد الزفاف القول قوله - والدخول يقطع الصداق - وبه قال أصحابه : كانت العادة بالمدينة تعجيل الصداق .

وفي «الجواهر» : لو اختلفا بعد زوال العصمة بطلاق ،أو فسخ ،أو موت ، فالقول قول الزوج مع يمينه ، ولو ادعت التسمية وأنكر فالقول قوله .

م : (**ومن بعث إلى امرأته شيئًا فقالت : هو هدية ، وقال الزوج : هو من المهر فالقول قوله؛ لأنه هو المتملك**) ش : على صيغة اسم الفاعل من التمليك م : (**فكان أعرف بجهة التمليك كيف**) ش : أي كيف لا يكون القول قول الزوج م : (**وأن الظاهر أنه يسعى في إسقاط الواجب**) ش : عن ذمته فيكون القول قول من يشهد له الظاهر ، والواو في - وإن الظاهر - للحال وإن بكسر الهمزة وأنه بفتح الهمزة .

قال : إلا في الطعام الذي يؤكل، فإن القول قولها ، والمراد منه ما يكون مهيأ للأكل ؛لأنه يتعارف هدية . فأما في الحنطة والشعير فالقول قوله لما بيناه ، وقيل: فلا يجب عليه من الخمار والدرع وغيره ليس له أن يحتسبه من المهر ؛ لأن الظاهر يكذبه، والله أعلم .

م : (قال) ش : أي محمد في «الجامع الصغير» : م : (**إلا في الطعام الذي يؤكل**) ش : كالجدي المشوي والدجاجة المشوية ، والحلوى ، والخبيصة ،والخبز ، واللحم ، وسائر الأطعمة ، والفواكه الرطبة وما لا بقاء له م : (**فإن القول قولها**) ش : وكذا ذكره المرغيناني ، وفي «قاضي خان» وفي «المهيأ» للأكمل : وما لا يدخر فالقياس كما تقدم ، وفي «الأسبيجابي» : القول قولها فيه م : (والمراد منه) ش : أي المراد من الطعام الذي يؤكل م : (**ما يكون مهيئًا للأكل**) ش : أي معدًا للأكل ما يتسارع إليه الفساد م : (**لأنه يتعارف هدية**) ش : أي لأن مثل هذه الأشياء عرفت هدية ، فالقول قولها فيها .

م : (**فأما في الحنطة والشعير فالقول قوله**) ش : فيها وكذا في الدقيق والشاة الحية والسمن والعسل وما له بقاء م : (**لما بينا**) ش : أشار به إلى قوله :- وإن الظاهر أنه يسعى في إسقاط حقه م : (**وقيل**) ش : : قائله أبو القاسم الصفار .

م : (**فلا يجب عليه**) ش : أي في الشرع على الزوج م : (**من الخمار والدرع وغيره**) ش : كمتاع البيتم : (**ليس له**) ش : أي للزوج م : (**أن يحتسبه**) ش : بضم السين ، فقال : حسبته أي عددت عليه حسبانًا بفتح العين في الماضي ، وضمها في المستقبل م : (**من المهر ؛ لأن الظاهر يكذبه**) ش : والملاءه لا تجب عليه ؛ لأنه ليس عليه أن يهيئ لها أمر الخروج .

وقال المرغيناني : عليه [. . .] امرأة لخروجها . وفي «قنية المنية» دفع إليها مالاً ، فقالت : كان من مهري ، وقال الزوج : كان وديعة عندك ، وإن كان المدفوع من جنس مهرها فالقول قولها ، وإن كان من خلاف جنسه فالقول قول الزوج . وفي «الأشراف» : بعث إليها بثوب فقال : هو من الكسوة ، وقالت الزوجة : بل هو هبة ، فالقول قول الزوج مع يمينه ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور ، قال أبو بكر بن المنذر وبه أقول .

وفي «القنية» : بعث إلى امرأته متاعًا ، وبعث أبو المرأة إليه متاعًا ، ثم ادعى الزوج أنه كان من الصداق فالقول قوله مع يمينه ، فإن حلف والمتاع قائم فللمرأة أن ترد وترجع بمهرها ، وإن كان هالكًا لا ترجع بالمهر ، وما بعث إليه أبوها إن كان هالكًالم يكن على الزوجة شيء ، وإن كان قائمًا وبعث من مال نفسه يرجع . وإن كان من مال الزوجة برضاها لا يرجع ؛ لأن الزوجة لا ترجع فيما وهبت لزوجها ، بعث إليها بهدايا وعوضت ، ثم زفت إليه ، ثم فارقها وادعى أن ذلك كان عارية ، فالقول قوله ، فإذا استرده فلها أن تسترد ما عوضه عن ذلك ، قيل : لا يرجع كل واحد بما فرق على الناس من ذلك بإذن صاحبه صريحًا ، أو دلالة ، ولا بالمأكولات

....

من الأطعمة والفواكه الرطبة .

وفي «الذخيرة» : جهز بنته وزجها ثم زعم أن الذي دفعه إليها ماله، وكان على وجه العارية عندها ، قالت : هو ملكي جهزتني به ، أو قال الزوج كذلك بعد موتها فالقول قولهما دون الأب ، لأن الظاهر شاهد بملك البنت والعادة دفع ذلك إليها بطريق الملك، وحكي عن ركن الإسلام ابن الحسن السعدي أن القول قول الأب ؛ لأن ذلك يستفاد من جهته وبه أخذ بعض المشايخ .

وقال الصدر الشهيد [في] واقعاته «المختار للفتوى» : إن كان العرف ظاهراً في الجهاز بمثل ذلك كما في ديارنا فالقول قول الزوج ، وإن كان مشتركًا فالقول قول الأب .



فصل

وإذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة ،أو علـى غير مهر، وذلك في دينهم جائز ، ودخل بها، أو طلقها قبل الدخول بها ، أو مات عنها ؛ فليس لها مهر ،وكذا الحربيان في دار الحرب ، وهذا عند أبي حنيـفة -رحمـه الله- وهو قولهـما في الحـربيين ، وأما في الذمـية فلهـا مهـر مثلهـا إن مات عنها،أو دخل بها ، والمتعة إن طلقها قبل الدخول بها . وقال زفر -رحمه الله- : لها مهر المثل في الحربيين أيضاً .له أن الشرع ما شرع ابتغاء النكاح إلا بالمال ، وهذا الشرع وقع عاماً ،

م : (**فصل**)

ش : لفظ فـصل مـهـمـا يكتب هكذا لا يكون مـعـربًا ؛ لأن الإعـراب يقـتـضي التـركـيب ، ومهما وصل بشيء مما بعد يكون معربًا . ولما فرغ من بيان أنكحة المسلمين شرع في بيان أنكحة أهل الذمة .

م : (**وإذا تزوج النصـراني نصـرانيـة**) ش : هذا القـيـد اتفـاقي ، لأن الحكم في كل أهل الذمـة هكذا ، ولهذا ذكر في «المبسوط» بلفظ الذمي م : (**على ميتة ، أو على غير مهر**) ش : أي وتزوجها على غير مهر ، وكذا لو تزوج على دم .

م : (**وذلـك**) ش : أي وتزوجـهـا على هذا الوجه والواو للحال م : (**في دينهم جـائز ، ودخل بها، أو طلقها قبل الدخول بها ،أو مات عنها ؛ فليس لها مهر**) ش : أي مهر المثل ، حتى لو ترافعا إلى القاضي لا يقضي بشيء .

م : (**وكـذلك**) ش : أي الحكـم إذا زوج م : (**الحـربيان في دار الحـرب ، وهذا**) ش : أي عـدم وجوب المهر م : (**عند أبي حنيفة وهو**) ش : أي عدم وجوب المهر م : (**قولهما**) ش : أي قول أبي يوسف ، ومحمد ، أي قولهما .

م : (**في الحربيين**) ش : كقول أبي حنيفة م : (**وأما في الذمية**) ش : أي وأما الحكم في الذمية إذا تزوجت ذميًا م : (**فلها مهر مثلها**) ش : أي عندهما م : (**إن مات**) ش : أي الذي م : (**عنها، أو دخل بها. والمتعة**) ش : أي ولها المتعة .

م : (**إن طلقهـا قـبل الدخول بهـا**) ش : يعني إذا ترافـعـا إلينا ، أو أسـلـمـا ، وبه قـال الشـافـعي ومالك وأحمد م : (**وقال زفر : لها مـهر المثل في الحربين أيضًا. له**) ش : أي لزفر م : (**أن الشرع ما شرع ابتغاء النكاح إلا بالمال**) ش : قال الله تعالى: ﴿ **أن تبتغوا بأموالكم** ﴾ (النسـاء : الآية ٢٤) ، م: (**وهذا الشرع**) ش : . وهو قوله تعالى: ﴿ **أن تبتغوا** ﴾ م : (**وقع عامًا**) ش : لأنه ﷺ بعث إلى الكل .

فيثبت الحكم على العموم . ولهما أن أهل الحرب غير ملتزمين أحكام الإسلام ، وولاية الإلزام منقطعة لتباين الدارين ، بخلاف أهل الذمة ؛لأنهم التزموا أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات كالربا والزنا ،وولاية الإلزام متحققة لاتحاد الدار . ولأبي حنيفة-رحمه الله- أن أهل الذمة لايلتزمون أحكامنا في الديانات ،وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات ،وولاية الإلزام متحققة بالسيف وبالمحاجة ،وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة ، فإنا أمرنا بأن نتركهم وما يدينون فصاروا كأهل الحرب ،

قال الله تعالى : ﴿**قل يا أيها الناس إني رسول الله إليكم جميعًا**﴾ (الأعراف : الآية ١٥٨) . وقال ﷺ : «**بعثت إلى الأسود والأحمر**»[1] ، أي العرب والعجم ، ولأن هذا الدين ناسخ الأديان كلها م : (**فيثبت الحكم على العموم**) ش : لأن النكاح من باب المعاملات ، والكفار مخاطبون بالمعاملات .

م : (**ولهما**) ش : أي لأبي يوسف ومحمد م : (**أن أهل الحرب غير ملتزمين أحكام الإسلام**) ش : لأن الالتزام بعقد الذمة قال ﷺ : « **إذا قبلوا عقد الذمة فلهم ما للمسلمين** »[2] م : (**وولاية الإلزام منقطعة لتباين الدارين**) ش : أي دار الإسلام، ودار الكفر ولا إلزام إلا بالولاية م : (**بخلاف أهل الذمة ؛لأنهم التزموا أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات كالزنا والربا**) ش : فإنهم ينهون عن ذلك ، ويقام عليهم الحد .

م : (**وولاية الإلزام متحققة لاتحاد الدار ،ولأبي حنيفة أن أهل الذمة لا يلتزمون أحكامنا في الديانات**) ش : أي لا يلزم أهل الذمة المعاملات ، أي وكذا لا يلزمون أحكامنا .

م : (**وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات**) ش : كالنكاح بغير شهود وبيع الخمر والخنزير ، والضمير في خلافه يرجع إلى ما يعتقدون ، أي لا يلزمون أحكامنا في الشيء الذي يعتقدون خلاف ذلك الشيء لما أنا نفتقد حرمة النكاح بغير شهود ، وهم يعتقدون خلاف ذلك .

م : (**وولاية الإلزام**) ش : هذا جواب في قولهما وولاية الإلزام م : (**متحققة**) ش : بيانه : أن ولاية الإلزام إنما تتحقق م : (**بالسيف بالمحاجة**) ش : ليست بموجودة م : (**وكل ذلك ينقطع عنهم باعتبار عقد الذمة ، فإنا أمرنا أن نتركهم وما يدينون فصاروا كأهل الحرب**) ش : وفي عدم الالتزام

---

(١) رواه أحمد (٥/ ١٤٥) قال : حدثنا يعقوب ثنا أبي ، عن ابن إسحاق ، حدثني سليمان الأعمش ، عن مجاهد ابن جبر أبي الحجاج ، عن عبيد بن عمير الليثي عن أبي ذر مرفوعاً . قال الأعمش : فكان مجاهد يرى أن الأحمر الإنس والأسود الجن ، وهذا دليل على الأعمش سرعه منه . وقال الهيثمي في المجمع (٦/ ٥٦) : عن أبي سعيد . رواه الطبراني في الأوسط ، فيه عطية وهو ضعيف ، وأورده عن أبي موسى وقال : رواه أحمد متصلاً والطبراني ورجاله رجال الصحيح . فيه يزيد بن أبي زياد وهو حسن الحديث . المجمع (٨/ ٢٥٨)

(٢) لم أقف عليه .

بخلاف الزنا لأنه حرام في الأديان كلها ، والربا مستثنى من عقودهم لقوله عليه السلام :«إلا من أربى فليس بيننا وبينه عهد ». وقوله في الكتاب: أو على غير مهر يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت

وانقطاع الولاية .

م : (**بخلاف الزنا؛ لأنه حرام في الأديان**) ش : جواب عن قولهما كالزنا ، بيانه أن القياس عليه غير صحيح ، لأنه حرام في الأديان م : (**كلها**) ش : فلم يكن دينهم خاصة حتى يتركون عليه ، م : (**والربا**) ش : كذلك جواب عن قولهما : والربا بيانه أن الربا م : (**مستثنى من عقودهم لقوله عليه السلام**) ش : أي لقول النبي ﷺ م : (**إلا من أربى فليس بيننا وبينه عهد**) ش : هذا حديث غريب ، وذكره الأكمل ، وسكت عنه غير أنه قال : إلا حرف تنبيه ، لا حرف الاستثناء ، كذا في السماع والنسخ .

قلت : هذا عجيب منه ؛ لأن من ذكر أنه حرف استثناء حتى يرده مؤكدًا بقوله : وكذا السماع والنسخ ؟! وأعجب منه أيضًا قول الأترازي : هو حرف تنبيه لا حرف استثناء ، كذا وقع السماع مرارًا بفرغانة وبخارى ، وكذا سكت عنه بقية الشراح ، وهما أيضًا لو سكتا لكان أوجه .

وروى ابن أبي شيبة في « مصنفه » - في باب ذكر أهل نجران - حدثنا غيلان ، حدثنا عبد الواحد بن زياد ، حدثنا خالد بن سعيد ، عن الشعبي قال : كتب رسول الله ﷺ إلى نجران وهم نصارى : «**من باء منكم بالربا فلا ذمة له**» ، وهو مرسل ،[1] وروى أبو عبيد في كتاب «الأموال» بإسناده ، عن أبي المليح الهذلي أن رسول الله ﷺ صالح أهل نجران . . . الحديث وفيه : «**لا يأكل الربا ، فمن أكل منهم الربا فمتى يلزم يريد**»[2] .

م : (**وقوله:**) ش : أي قول محمد م : (**في الكتاب**) ش : أي في «الجامع الصغير» ، أي على غير مهر هذا قد مضى في أول الفصل ، وإنما ذكره لبيان أن المسألة من مسائل «الجامع الصغير» ، ولبيان التفصيل في قوله : م : (**أو على غير مهر ؛ لأنه يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت**) ش : بأن يعقد أن يسكتا عن ذكر المهر .

وقال صدر الشهيد : في «شرح الجامع الصغير» : فالنفي على الاختلاف لا محالة ، فأما السكوت فإنه يرجع فيه إلى دينهم ، فإن دانوا أنه لا يجب إلا بالنص عليه كان على الاختلاف ، وإن دانوا أنه يجب إلا أن ينفي فإنه يجب عند السكوت بالإجماع .

---

(١) قلت : وهو مع إرساله ضعيف ، فيه مجالد بن سعيد وهو ضعيف .

(٢) قال : حدثنا أبو أيوب الدمشقي ثنا سعدان بن أبي يحيى ، عن عبيد الله بن أبي حميد ، عن أبي المليح الهذلي مرفوعاً .

وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان ، والأصح أن الكل على الخلاف . فإن تزوج الذمي ذمية على خمر أو خنزير ، ثم أسلما أو أسلم أحدهما فلها الخمر والخنزير ، ومعناه إذا كانا بأعيانهما والإسلام قبل القبض ، وإن كانا بغير أعيانهما فلها في الخمر القيمة ، وفي الخنزير مهر المثل ، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله- . وقال أبو يوسف -رحمه الله-: لها مهر المثل في الوجهين ، وقال محمد- رحمه الله-: لها القيمة في الوجهين .وجه قولهما: أن القبض يؤكد الملك في المقبوض

وقال فخر الإسلام البزدوي : والمتزوج بالميتة بمنزلة النفي ؛ لأنه لا قيمة له عند أحد ، وألحق شمس الأئمة السرخسي في «المبسوط» الدم بالميتة ؛ لأنهم لا يتمولها المسلمون .

م : (**وقد قيل : في الميتة والسكوت روايتان**) ش : أي عن أبي حنيفة في رواية : يجب مهر المثل كما قالا . وفي رواية لا يجب شيء م : (**والأصح أن الكل على الخلاف**) ش : رواية واحدة، فعنده لا يجب شيء لها ، وعندهما لها مهر المثل .

م : (**فإن تزوج الذمي ذمية على خمر أو خنزير ، ثم أسلما أو أسلم أحدهما فلها الخمر والخنزير**) ش : هذه من مسائل «الجامع الصغير» م : (**ومعناه**) ش : أي معنى قول محمد فلها الخمر والخنزير م : (**إذا كانا**) ش : أي الخمر والخنزير م : (**بأعيانهما**) ش : إذا كانا معينين م : (**والإسلام**) ش : أي إسلامهما ، أو إسلام أحدهما كان م : (**قبل القبض**) ش : أي قبض الخمر والخنزير م : (**وإن كانا بغير أعيانهما**) ش : يعني كانا دينًا في الذمة م : (**فلها في الخمر القيمة ، وفي الخنزير مهر المثل، وهذا**) ش : أي هذا كله سواء كانا عينين أو دينين م : (**عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف : لها مهر المثل في الوجهين**) ش : أي في العين وغير العين ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد .

م : (**وقال محمد : لها القيمة في الوجهين .وجه قولهما**) ش : أي قول أبي يوسف ومحمد إنما جمع بين قوليهما وإن كانا مختلفين فيما بينهما حيث قال أبو يوسف بمهر المثل فيهما ، ومحمد قال فيهما بالقيمة ،ومهر المثل غير قيمة الخمر والخنزير ؛ لأنهما متفقان في أنهما لا يوجبان عين الخمر والخنزير .

م : (**أن القبض**) ش : أي قبض المهر المعين م : (**يؤكد الملك في المقبوض**) ش : ولهذا لو هلك قبل القبض هلك من الزوج ،وعليه مثله إن كان مثليًا ، وقيمته إن كان قيمًا وبعد القبض يهلك من المرأة وينصف بالطلاق قبل الدخول إن لم يكن مقبوضًا . وبعد القبض لا يعود إلى ملك الزوج شيء إلا بالرضا أو بالمسمى ، وإذا مر يوم الفطر والصداق عبد غير مقبوض ثم طلقها قبل الدخول بها لا يجب صدقة الفطر عليها بخلاف ما بعد القبض، ولا تجب الزكاة عليها عند أبي حنيفة -رحمه الله تعالى- في المهر قبل القبض بخلاف ما يعود .

فيكون له شبه بالعقد ،فيمتنع بسبب الإسلام كالعقد ،وصار كما إذا كانا بغير أعيانهما، وإذا التحقت حالة القبض بحالة العقد ؛ فأبو يوسف -رحمه الله- يقول: لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل ، فكذا ها هنا ، ومحمد -رحمه الله- يقول : صحت التسمية لكون المسمى مالاً عندهم ،إلا أنه امتنع التسليم بالإسلام ،فتجب القيمة، كما إذا هلك العبد المسمى قبل القبض. ولأبي حنيفة -رحمه الله-أن الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ، ولهذا تملك التصرف فيه ، وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج إلى ضمانها ،وذلك لا يمتنع بالإسلام كاسترداد الخمر المغصوب ، وفي غير المعين القبض يوجب ملك العين ،

م : (**فيكون له شبهة بالعقد**) ش : أي يكون للقبض شبهة بالعقد من حيث إنه مؤكد م : (**فيمتنع بسبب الإسلام**) ش : أي يمتنع القبض بسبب الإسلام كالعقد أي كما لو ابتدأ التمليك بالعقد بعد الإسلام م : (**وصار كما إذا كانا بغير أعيانهما**) ش : لأن القبض فيه كالقبض فيما إذا كان بغير أعيانها في إفادة ما لم يكن والقبض فيما إذا كان بغير أعيانهما منع عن تسليم نفسها فكذلك إذا كانا بأعيانهما كالعقد .

م : (**وإذا التحقت حالة القبض بحالة العقد ، فأبو يوسف يقول: لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل، فكذا ها هنا ،ومحمد يقول: صحت التسمية**) ش : حالة العقد ؛ لأنهما كانا كافرين م : (**لكون المسمى مالاً عندهم**) ش : أي عند أهل الذمة م : (**إلا أنه امتنع التسليم بالإسلام فتجب القيمة،كما إذا هلك العبد المسمى قبل القبض**) ش : فوجب القيمة .

م : (**ولأبي حنيفة أن الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ، ولهذا تملك التصرف فيه**) ش : أي في المعين كيف شاءت ببدل ، وبغير بدل ، فلو هلك على ملكهما دخل ما يتم بنفس العقد لا يحتاج فيه إلى القبض للتمليك ، قوله : وبهذا إيضاح لتمام الملك بنفس العقد في الصداق المعين .

م : (**وبالقبض ينتقل**) ش : أي الملك م : (**من ضمان الزوج إلى ضمانها ،وذلك**) ش : أي انتقال الضمان م : (**لا يمتنع بالإسلام كاسترداد الخمر المغصوب**) ش : يعني الذمي إذا غصب منه الخمر ، ثم أسلم له أن يسترده من الغاصب ، وكذلك المسلم إذا تخمر عصيره ، وهذا لأنه صورة اليد، فلا يحصل به ملك الرقبة، ولا ملك التصرف ، وصورة اليد لا تمنع بالإسلام.

وفي «الحواشي» ولأبي حنيفة : أن الملك نوعان : ملك الرقبة، وملك التصرف، وكلاهما ثابت للزوجة قبل القبض ، والفائت لها صورة اليد ولا يمتنع ذلك بالإسلام كالمسلم إذا تخمر عصيره .

م : (**وفي غير المعين القبض يوجب ملك العين**) ش : لأن حقها كان في الدين وإنما يثبت في

فيمتنع بالإسلام ، بخلاف المشتري ؛لأن ملك التصرف إنما يستفاد فيه بالقبض وإذا تعذر القبض في غير المعين لا تجب القيمة في الخنزير؛ لأنه من ذوات القيم ،فيكون أخذ قيمته كأخذ عينه ،ولا كذلك الخمر؛ لأنه من ذوات الأمثال ، ألا ترى أنه لو جاء بالقيمة قبل الإسلام تجبر على القبول في الخنزير دون الخمر ، ولو طلقها قبل الدخول بها فمن أوجب مهر المثل أوجب المتعة ، ومن أوجب القيمة أوجب نصفها ، والله أعلم

العين ابتداء بالقبض م : (**فيمتنع بالإسلام**) ش : وفي «الأسرار»: ولئن سلمنا أن القبض يؤكد الملك في المقبوض ، ولكن لا نسلم أن الإسلام يمنع تأكد الملك بدليل أن من باع عبداً بخمر وقبض الخمر ، فإن الملك فيه والجواز أن يهلك العين عنده قبل التسليم إليه ، فالتسليم يقرر الملك ، وهذا التسليم غير ممتنع بالإسلام ، وإن كان قبضها كذا الملك في الخمر .

وإذا اشترى خمراً وقبضها ، ثم أسلم ربها يجب ، فإنه سقط خيار الرد ، وإن كان في سقوطه تأكيد في الخمر ، ومع هذا لم يمتنع بالإسلام ، فعلم أن الإسلام لا يمنع تأكد الملك في الخمر ، وبخلاف المشتري متصل بقوله : إن الملك في الصداق المعين يتم بالقبض ، يعني بخلاف ما إذا باع الخمر والخنزير ، أو اشترى ثم أسلم قبل القبض ، فإنه لا يجوز القبض بل يفسخ العقد . وقال الأترازي : م : (**بخلاف المشتري**) ش : يجوز بفتح الراء وكسرها فعلى الأول يكون معناه أن الخنزير المشترى أو الخمر المشترى لا يجوز قبض ذلك بعد الإسلام ، وعلى الثاني أن المشتري الخمر والخنزير ليس له أن يقبضهما بعد الإسلام م : (**لأن ملك التصرف إنما يستفاد فيه**) ش : أي في البيع م : (**بالقبض**) ش : والإسلام مانع منه .

م : (**وإذا تعذر القبض في غير المعين لا تجب القيمة في الخنزير؛ لأنه من ذوات القيم**) ش : أي لأن الخنزير من ذوات القيم؛ لأنه لا مثل له من جنسه م : (**فيكون أخذ قيمته**) ش : أي قيمة الخنزير م : (**كأخذ عينه**) ش : فكان فيه تقرير حكم عقد باشراه في الكفر لا على وجه الشرع م : (**ولا كذلك الخمر؛ لأنه**) ش : أي لأن الخمر ، قال الكاكي : ذكره على تأويل المذكور ، وقال الأترازي : على تأويل الشراب ، وهي من الأسماء المؤنثة السماعية م : (**من ذوات الأمثال**) ش : لأن لها مثلاً من جنسها .

م : (**ألا ترى**) ش : توضيح لما قبله م : (**أنه**) ش : أي الزوج م : (**لو جاء بالقيمة قبل الإسلام تجبر**) ش : أي المرأة م : (**على القبول في الخنزير دون الخمر**) ش : كما لو أتى بالعين فيما إذا تزوج امرأة على خنزير ، ولو تزوجها على خمر لا يجبر بين إعطاء القيمة وبين إعطاء العين .

م : (**ولو طلقها قبل الدخول بها فمن أوجب مهر المثل مطلقًا**) ش : هو أبو يوسف م : (**أوجب المتعة ، والذي أوجب القيمة**) ش : مطلقًا م : (**أوجب نصفها**) ش : أي نصف القيمة . أما محمد وأبو حنيفة أوجبا في الخنزير مهر المثل وفي الخمر القيمة .

باب نكاح الرقيق

لا يجوز نكاح العبد والأمة إلا بإذن مولاهما ،

م : (باب نكاح الرقيق)

ش : أي هذا باب في بيان حكم نكاح الرقيق ، أي المملوك ، وقد يطلق على الواحد والجمع ، كذا في «الصحاح» .

وفي «المغرب» : الرقيق العبد ، وقد يقال للعبيد ، ومنه : هؤلاء رقيقي . وفي «النهاية» : الرقيق المملوك فعيل بمعنى مفعول . قيل : كأنه نظر إلى معناه الذي هو المملوك ، فإنه مفعول ؛ لأنه من فعل متعد ، والأظهر أن الرقيق معنى فاعل ؛ لأن الرق هو الضعف وهو لازم ، وفيه تأمل .

وقال الأترازي : أنما أخر هذا الباب عن فصل النصراني والنصرانية لما أن الرقيق لا ينفذ نكاحه أصلاً إلا إذا أذن له مولاه ، بخلاف أهل الكتاب ، فإن لهم ولاية النكاح بأنفسهم ، فلما ذكر من لهم ولاية النكاح وهم المسلمون وأهل الكتاب ألحق بهم من ليس لهم النكاح بأنفسهم وهم الأرقاء .

وقدم هذا الباب على باب نكاح أهل الشرك ؛ لأن الرق يتحقق في المسلم بقاء ، ولم يتحقق ابتداء ، والرقيق المسلم خير من المشرك الحر ، قال الله تعالى : ﴿ **ولعبد مؤمن خير من مشرك** ﴾ (البقرة : الآية ٢٢١) ، هذا ما عندي من وجه المناسبة : وقال بعض الشارحين : إنما أخره عن فصل النصراني لأن الرق من آثار الكفر ، والأثر يعقب المؤثر ؛ لأنه يقتضي أن يكون وضع هذا بعد باب نكاح أهل الشرك لما قال في المعنى ، انتهى .

قلت : أراد بعض الشارحين صاحب «النهاية» السغناقي ؛ فإنه ذكر في كتابه هكذا ، وفي كلام الأترازي أيضًا نظر ، لأن المناسبة لا تراعى إلا بين الأبواب دون الفصول ، وفصل النصراني والنصرانية داخل في ضمن باب المهر ، وليس بباب بالاستقلال وينبغي أن يذكر المناسبة بين باب المهر ، وباب نكاح الرقيق قد صدر بنكاح الرقيق ، والرقيق يكون مهرًا ، إنما تزوج رجل امرأة على رقيق ، فإذا تزوج الرقين بإذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه .

م : (**لا يجوز نكاح العبد والأمة إلا بإذن مولاهما**) ش : لا يجوز أي لا يعقد ، كما في نكاح الفضولي ، كذا نقل عن العلامة مولانا حافظ الدين . وقال السروجي : وكذا قال في «البدائع» و«المفيد» : لا يجوز نكاح المملوك بغير إذن سيده ، وصوابه لا ينفذ ، فإنه جائز صحيح ، لكنه غير نافذ بل نفاذه موقوف إلى إجازة المولى ، وهو قول سعيد بن المسيب والحسن ، وإبراهيم النخعي ، ومنصور والحكم ، رواه عنهم ابن أبي شيبة ، قال شيخنا زين الدين -رحمه الله

وقال مالك -رحمه الله- :يجوز للعبد لأنه يملك الطلاق ، فيملك النكاح . ولنا قوله عليه السلام « أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر » ،

تعالى - : وهو قول أهل الرأي ، ومالك فيما حكى الخطابي عنهم.

وفرق الرافعي بين قول أبي حنيفة ومالك ، فقال : قال مالك : يصح وللسيد فسخه . وقال أبو حنيفة : موقوف على إجازة السيد . وقال شيخنا أيضًا لما روى حديث الباب : فيه حجة على أن نكاح العبد بغير إذن سيده غير صحيح ،وهو قول أكثر أهل العلم ، منهم حماد بن أبي سليمان، والأوزاعي ، والشافعي، وأحمد وإسحاق، انتهى .

قلت : فعلى قول صاحب «الهداية »لا يجوز هو الصواب ،وكذا قال القدوري بلفظ : لا يجوز .

فإن قلت : يؤيد هذا ما رواه أبو داود : وإذا نكح العبد بغير إذن سيده فنكاحه باطل.

قلت : هذا الحديث ضعيف وهو معروف عن ابن عمر -رضي الله تعالى عنهما- .

م : (**وقال مالك : يجوز للعبد؛ لأنه يملك الطلاق فيملك النكاح**) ش : قيد بالعبد ؛ لأنه لا يجوز للأمة بالإجماع ، لأن النكاح من خواص الإنسان فيبقى على أصل الحرية، إذ هو مملوك للمولى من حيث أنه آدمي ، ألا ترى أنه يملك الطلاق وهو أثر النكاح فيملك سببه وهو النكاح ؛ لأن من ملك رفع شيء يملك وضعه، ولكن ذكر في «الجواهر» للمالكية : لا ينكح العبد، إلا بإذن سيده ، فإن عقد بغير إذن سيده صح ، وللسيد أن يطلق عليه بخلاف الأمة فإن العقد عليها بغير إذنه باطل ، ولا يصح بإجازته ، وعنه للسيد فسخه أو تركه نكاح العبد ، وهي شاذة، والمهر والنفقة لا زمان له، متعلقان بما يتحصل في يده من غير خراجه، ولا من كسبه .

وقال أبو عمر في «التمهيد» : نكاحه موقوف على إجازة السيد ، وإن طلقها العبد قبل إجازة سيده لكان طلاقًا لا يحل إلا بعد زوج .

وفي «الأشراف» : لا حد عليه في الوطء ، وفيه روي ذلك عن الشعبي ،والنخعي ، ومالك ، والشافعي، وإسحاق، وابن حنبل. وقال داود وأصحابه : يحد بالوطء حد الزاني إذا علم بالنهي ،وهو مذهب ابن عمر -رضي الله تعالى عنهما - ، قال : فكان ابن عمر يرى نكاحه زنًا ، ويرى عليه الحد، وبه قال أبو ثور .

م : (**ولنا قوله عليه السلام**) ش : أي قول النبي ﷺ : م : (**أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر**) ش : هذا الحديث رواه الترمذي من حديث جابر -رضي الله تعالى عنه - قال : قال رسول الله ﷺ : « **أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر** » . وقال : حديث حسن

ولأن في تنفيذ نكاحهما تعييبهما ،إذ النكاح عيب فيهما ،فلا يملكانه بدون إذن مولاهما. وكذلك المكاتب ؛لأن الكتابة أوجبت فك الحجر في حق الكسب ،

صحيح ،ورواه الحاكم في «مستدركه» ، وقال : حسن صحيح الإسناد ولم يخرجاه[1] .

وروى ابن ماجة من رواية مندل ، عن ابن جريج ، عن موسى بن عقبة ، عن نافع عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : « **إذا تزوج العبد بغير إذن سيده كان عاهرًا** »[2] ، وقد مر الكلام فيه عن قريب قوله- عاهر - أي زان، قاله الخطابي وغيره .

م : (**ولأن في تنفيذ نكاحهما تعييبهما إذ النكاح عيب فيهما**) ش : ولهذا لو اشترى عبدًا أو أمة فوجده من زوجها فله أن يرده م : (**فلا يملكانه**) ش : أي فلا يملك العبد والأمة النكاح م : (**بدون إذن مولاهما**) ش : قال الأكمل : وفي هذا التعليل جواب لمالك ؛ لأن مذهبه ليس كما نقله المصنف وقد بيناه .

وقال الأكمل أيضًا : واستشكل بجواز إقراره بالحدود والقصاص ؛ فإن وجوب قطع اليد في السرقة ، ووجوب القصاص عيب فيهما على قولهما ، وأما على قول أبي حنيفة بمنزلة الاستحقاق ، وهو أيضًا أقوى العيوب فولايته على هذا التعيب يزيل هذه النكتة .

وأجيب : بأن الرق في حدود الله تعالى باق على حريته ، والرق لا يؤثر فيهما ، وإن لزم من ذلك تعييب فهو ضمني ، لا يعتبر به ، انتهى .

قلت : هذا كله من كلام السغناقي -رحمه الله تعالى - .

م : (**وكذلك المكاتب**) ش : لا يجوز تزويجه بغير إذن مولاه م : (**لأن الكتابة أوجبت فك الحجر في حق الكسب**) ش : فينال بذلك شرف الحرية ، والنكاح ليس من باب الكسب م :

---

(١) أخرجه الترمذي [١١٢٣] ، والحاكم (٢/ ١٩٤) عن ابن جريج عن عبد الله بن محمد بن عقيل، عن جابر- مرفوعاً ، وعبد الله فيه كلام ، لا ينزل بحديثه عن رتبة الحسن وابن جريج مدلس مشهور .

(٢) ضعيف مرفوع :

رواه أبو داود [٢١٧٩] عن عبد الله بن عمر ، عن نافع عن ابن عمر مرفوعًا : قال أبو داود : هذا حديث ضعيف وهو موقوف من قول : ابن عمر . قلت : وعبد الله بن عمر أحد رواته ضعيف .

قلت : رواه ابن ماجه [١٩٥٩] عن القاسم بن عبد الواحد، عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن ابن عمر - مرفوعاً . قال الترمذي : وقد روي هذا الحديث عن عبد الله بن محمد بن عقيل ، عن ابن عمر ولا يصح ، إنما هو من رواية عبد الله عن جابر وقد رواه ابن جريج عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر . واختلف فيه على ابن جريج فرواه مندل بن علي ويحيى بن سعيد الأموي عنه عن موسى - به مرفوعاً: قال الدارقطني ووهما في رفعه والصواب ما رواه أيوب عن نافع عن ابن عمر موقوفاً ورواه أبو عاصم وحجاج وعبد الرزاق عن ابن جريج به موقوفاً وهو الصواب .

فيبقى في حق النكاح على حكم الرق، ولهـذا لا يملك المكاتب تزويج عبده، ويملك تزويج أمته ؛ لأنه من باب الاكتساب ، وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسهـا بدون إذن المولى ، وتملك تزويج أمتهـا لما بينا ، وكذا المدبرة وأم الولد ؛لأن الملك فيهـما قائم . وإذا تزوج العبد بإذن مـولاه فالمهر دين في رقبتـه يباع فيه ، لأن هذا دين وجب في رقبة الـعبد، لوجود سببـه من أهله ،وقد ظهر في حق المولى لصدور الإذن من جهـته، فيتعلق برقبـته دفعاً للمضرة عن أصحـاب الديون ، كما في دين التجارة .

(فيبقى في حق النكاح على حكم الرق) ش : يعني تبقى رقبته موقوفة في حق النكاح ، كما كان .

م : (ولهذا) ش : أي ولأجل بقـائه في حكم النـكاح على حكم الرق م : (لا يملك المكاتب تزويج عبده) ش : لأنه ليس بكسب في حق الزوج م : (ويملك تزويج أمـته ؛ لأنه) ش : أي لأن تزويج أمته م : (من باب الاكتـساب) ش : إذ به يحصل المهر والنفقة ، إذ كل مهر وجب للأمة بعقد، أو دخول فهو للمولى .

م : (وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون إذن المولى ، وتملك تزويج أمتها لما بينا) ش : إشارة إلى قوله - لأنه من باب الاكتساب - م : (وكذلك) ش : أي وكذلك لا يجوز نكاح م : (المدبرة، وأم الولد ؛ لأن الملك فـيهمـا قـائم) ش : ولهـذا يعـتقـان إذا قـال المولى : كل مملوك لي حـر ، وفي «المبسـوط» : الأب والجد ،والقـاضي ، والـوصي ، والمكاتب والمضـارب والشـريك والمفـاوض يملكون تزويج الأمة .

م : (وإذا تزوج العبد بإذن مولاه فالمهر دين في رقبته، يباع فيه) ش : وكذا النفقة دين في رقبته حتى لو مات العبـد سقط المهر والنفقة ، لأن محل الاستيفاء قد فات ، كذا ذكره التمرتاشي ، وبه قال أحمد ، وبعض أصحاب الشافعي م : (يباع فيه) ش : أي المهر م : (لأن هذا دين وجب في رقبة العبد لوجـود سببه من أهله) ش : هذا دليل لقـوله : م : (يباع فـيه) ش : دون ما قبله لئلا يلزم المصادرة على المطلوب ، تقديره : هذا الدين وجب في الرقبة تباع الرقبة فيه .

أمـا أصل الوجـوب فلتـحـقق المقـتـضى ، وهو وجـود السـبب من أهله ، أي من أهل التـزوج ، والسبب هو الفـعل والبلوغ ، أمـا أنه وجب في رقـبتـه فلدفع الضـرر عن أصـحـاب الديون ، وانتفاء المانع من جهة المولى ، لوجود الإذن من جهة الإشارة إليه بقوله .

م : (وقد ظهر في حق المولـى لصدور الإذن من جهته ،فـيتعلق برقبتـه دفعًا للمضـرة عن أصحاب الديون) ش : يعني النساء م : (كما في ديـن التجارة) ش : أي كما يباع في دين التجارة ، قياسًا على ديـن الاستـهـلاك ، والجـامع دفع الضـرر عن الناس ، وإنما قـيـد التـزوج بإذن المولى ، لأن العبـد ،أو المدبر ، أو المكاتب إذا تزوج بغير إذن المولـى ، ودخل بهـا ، ثم فرق بينهـمـا المولى فلا مهر عليه حتى يعتق ، وهذا مذهب الثلاثة ، هذا ما ذكر في كتبهم ، ففي «المنهاج» للشـافعية :

والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر ولا يباعان فيه ؛لأنهما لا يحتملان النقل من ملك إلى ملك ، مع بقاء الكتابة والتدبير ،فيؤدى من كسبهما لا من نفسهما. وإذا تزوج العبد بغير إذن مولاه ، فقال المولى : طلقها أو فارقها ، فليس هذا بإجازة ، لأنه يحتمل الرد ، لأن رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقاً ومفارقة ، وهو أليق بحال العبد المتمرد إذ هو أدنى ، فكان الحمل عليه أولى .

السيد إذًا أذنه لا يضمن نفقته، ولا مهرًا في الجديد ، وهنا في كسبه بعد النكاح ، فإن كان مأذونًا له في التجارة ففيما في يده من المال ، وكذا في رأس المال في الأصح . وفي «المبسوط» لهم : الأصح ليس في رأس المال ، فإن لم يكن مأذونًا له ولا مكتسبًا ففي ذمته ، وفي قول : على السيد ، وفي «الجواهر» للمالكية : النفقة ، والمهر لازمان له ، متعلقان لما يحصل له في يده لما ليس من خراجه، ولا من كسبه .

وفي «المغني» للحنابلة : المهر يتعلق برقبته ، ويباع فيه إلا أن يفسد المولى ، وهذا تقييد قولنا . وفي «شرح الوجيز» للشافعية : دين المهر ، والنفقة يتعلق بذمة العبد، ويثبت الخيار للمرأة في القول الأصح . وفي قول : يجب على المولى، لأن الإذن في النكاح في عبد لا يكتسب التزامًا للمؤنات ، وهذا في عبد لم يكن له كسب ، فلو كان مكتسبًا يجوز في كسبه بعد النكاح ، حتى لو حبسه المولى ، واستخدمه في زمان كسبه غرم للمرأة المهر والنفقة . وهل للعبد أن يؤجر نفسه للمهر والنفقة ، فيه قولان ، انتهى .

لأن العبد إذا بيع في مهرها ولم يف الثمن لا يباع ثانيًا ، لأنه بيع في جميع المهر، ويطالب بالباقي بعد العتق . وفي دين النفقة يباع مرة أخرى ؛ لأنه يجب شيئًا فشيئًا ، كذا ذكره التمرتاشي ، ولو زوج عبده أمته لا مهر لها ، وبه قال الشافعي، ومالك وأحمد .

م : (**والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر ،ولا يباعان فيه ، لأنهما لا يحتملان النقل من ملك إلى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير ، فيؤدى من كسبهما لا من أنفسهما**) ش : لتعذر الاستيفاء من الرقبة .

م : (**وإذا تزوج العبد بغير إذن مولاه ، فقال المولى : طلقها أو فارقها فليس هذا بإجازة**) ش : وقال ابن أبي ليلى : يكون إجازة . وعند الشافعي ، ومالك، وأحمد لا ينعقد هذا العقد أصلاً ، ويصير لغوًا لا تلحقه الإجازة . ولو قال له : طلقها فيما إذا بلغه الخبر أن الفضولي زوجه يكون إجازة م : (**لأنه**) ش : أي لأن كلام المولى طلقها أو فارقها م : (**يحتمل الرد، لأن رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقًا ، ومفارقة وهو أليق بحال العبد المتمرد**) ش : أي الرد أليق بحال العبد المتمرد، أي المارد الخارج عن الطاعة م : (**إذ هو أدنى**) ش : أي الرد أدنى لأنه منع من الثبوت والطلاق موقع بعده ، والدفع أسهل من الرفع .

م : (**فكان الحمل عليه**) ش : أي على الدفع م : (**أولى**) ش : بخلاف مسألة الفضولي ، لأن الزوج يملك التطليق بالإجازة ، فثبت ضمنًا له ، لأن فعل الفضولي إعانة له ، **فلا يحمل على**

وإن قال : طلقها تطليقة تملك الرجعة ، فهو إجازة ، لأن الطلاق الرجعي لا يكون إلا في نكاح صحيح ، فتتعين الإجارة . لو قال لعبده: تزوج هذه الأمة فتزوجها نكاحاً فاسداً ، ودخل بها؛ فإنه يباع في المهر عند أبي حنيفة -رحمه الله- وقالا: يؤخذ منه إذا عتق ، وأصله أن الإذن في النكاح ينتظم الفاسد ، والجائز عنده ، فيكون هذا المهر ظاهراً في حق المولى . وعندهما ينصرف إلى الجائز لا غير ،

الرد .

فإن قلت : الطلاق في الحقيقة لإبطال تمليك النكاح في الرد مجاز ، والعمل بالحقيقة مجاز .

قلت : الحقيقة تدرك بدلالة الحال ، وهي افتتات على رأي المولى .

م : (**وإن قال: طلقها تطليقة تملك الرجعة ، فهو إجازة ، لأن الطلاق الرجعي لا يكون إلا في نكاح صحيح ، فتتعين الإجازة**) ش : وكذا قال : أوقع عليها تطليقة .

فإن قيل : إذا قال المولى لعبده: كفر يمينك بالمال ، أو تزوج أربعًا من النساء لا يثبت به العقد، وإن كان التكفير بالمال ، وتزوج أربعًا من النساء لا يكون إلا بعد الحرية .

أجيب : بأن ما كان أصلاً في إثبات الأهلية في التصرفات الشرعية لا يثبت اقتضاء ، كالإيمان في خطاب الكفار بالشرائع . وفي الإثبات عتق ذلك بخلاف ما نحن فيه ، فإن النكاح ليس بأصل في إثبات الأهلية .

م : (**ولو قال لعبده: تزوج هذه الأمة**) ش : لا فائدة فيه ، لأنه لو قال هذه الحرة ، فعلى هذا الخلاف ، وكذلك لا فائدة في ذكر الإشارة في التعيين ، لأن الحكم في غير المعين كذلك كذلك م: (**فتزوجها نكاحًا فاسدًا ، ودخل بها ، فإنه يباع في المهر عند أبي حنيفة -رحمه الله - وقالا : يؤخذ منه إذا عتق**) ش : ولفظ الأصل ، وإذا أذن له أن يتزوج واحدة فتزوجها نكاحًا فاسدًا، فدخل بها أخذ المهر في حال الرق في قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : لا شيء عليه حتى يعتق، وعند الشافعي: في ذمته كقولهما ، وفي قول في رقبته . وفي «المغني»: وفي تناوله الفاسد احتمال .

م : (**وأصله**) ش : أي أصل أبي حنيفة م : (**أن الإذن في النكاح ينتظم الفاسد، والجائز عنده**) ش : أي يشملهما عند أبي حنيفة م : (**فيكون هذا المهر ظاهرًا في حق المولى**) ش : بسبب إذنه فيباع .

م : (**وعندهما ينصرف**) ش : أي الإذن م : (**إلى الجائز**) ش : أي النكاح الجائز م : (**لا غير**)

فلا يكون ظاهراً في حق المولى ، فيؤاخذ به بعد العتاق .لهما أن المقصود من النكاح في المستقبل الإعفاف، والتحصين ،وذلك بالجائز ،ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف إلى الجائز ، بخلاف البيع ،لأن بعض المقاصد حاصل ،وهو ملك التصرفات .وله أن اللفظ مطلق، فيجري على إطلاقه ،كما في البيع ، وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب ، ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطء ،

ش : يعني ولا ينتظم ، وبه قال الشافعي في أظهر قوليه ، وقد ذكرناه م : (**فلا يكون ظاهراً في حق المولى**) ش : ولا يؤاخذ به العبد في الحال م : (**فيؤاخذ به بعد العتاق . لهما**) ش : أي لأبي يوسف ومحمد م : (**أن المقصود من النكاح في المستقبل الإعفاف**) ش : أي تحصيل العفة م : (**والتحصين**) ش : أي تحصين النفس عن الحرام م : (**وذلك**) ش : أي الإعفاف لا يكون إلا م : (**بالجائز**) ش : أي النكاح الجائز قيد بالمستقبل ، لأن مراده في النكاح في الماضي تحقق المخبر عنه فحسب ، لا بالتحصين لاستحالته .

م : (**ولهذا**) ش : أي لأجل كون المقصود من النكاح في المستقبل الإعفاف م : (**لو حلف لا يتزوج ينصرف**) ش : يمينه م : (**إلى الجائز**) ش : ولا ينصرف إلى الفاسد ، فلا يحنث بالفاسد . ولو حلف أنه ما تزوج ، وقد كان تزوج فاسداً يحنث في يمينه لما ذكرنا أن مقصوده تحقق المخبر عنه ، التحصين ، كذا في «المبسوط» .

م : (**بخلاف البيع**) ش : يعني لو أمره بالبيع ينتظم الفاسد والصحيح م : (**لأن بعض المقاصد**) ش : وهو الإعتاق والهبة ونحو ذلك من التصرفات م : (**حاصل**) ش : وفسر قوله : بعض المقاصد بقوله : م : (**وهو ملك التصرفات**) ش : وقد ذكرناه م : (**وله**) ش : أي ولأبي حنيفة م : (**أن اللفظ**) ش : تزوج م : (**مطلق فيجري على إطلاقه**) ش : ولا يقيد بالصحة ، لأن الصحة والفساد ، وصفتا العقد ، والإذن من المولى في أصل العقد ، فكذا يتقيد بصفة دون صفة م : (**كما في البيع**) ش : أي كما أن الأمر بالبيع مطلق ينتظم الفاسد والصحيح م : (**وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل**) ش : كان هذا جواباً عما يقال لا شيء يقصد به في النكاح الفاسد ، فأجاب بقوله : -وبعض المقاصد حاصل- .

م : (**كالنسب**) ش : أي كثبوت النسب م : (**ووجوب المهر والعدة**) ش : أي وجوب العدة بشرط الدخول ، أشار إليه بقوله : م : (**على اعتبار وجود الوطء**) ش : وكذا سقوط الحد من بعض المقاصد . وفي «قاضي خان» : العبد أهل لمباشرة النكاح ، وإنما يشترط رضا المولى عنه لتعلق المهر بماليته ، وفي هذا لا فرق بين الصحيح والفاسد .

وفي «البدائع» : لو أذن له في النكاح الفاسد أيضاً ، ودخل بها فيه يلزمه المهر في رقبته للحال بالاتفاق ، ولو دخل في الموقوف ، ثم أجازه المولى ففي القياس يلزمه مهران ، مهر

ومسألة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة . ومن زوج عبداً مأذوناً له مديونًا امرأة جاز ،والمرأة أسوة للغرماء في مهرها ،ومعناه إذا كان النكاح بمهر المثل ، ووجهه أن سبب ولاية المولى ملك الرقبة على ما نذكره ،والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالإبطال مقصوداً، إلا أنَّه إذا صح النكاح وجب الدين بسبب لا مرد

بالدخول ومهر بالقصد بالإجازة ، وفي الاستحسان يلزمه مهر واحد . م : (**ومسألة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة**) ش : يعني طريقة إجراء اللفظ المطلق على الإطلاق ، ولئن كان قول الكل فالعذر لأبي حنيفة أن مبنى الإيمان على العرف . وقال الكاكي -رحمه الله تعالى- : هذه طريقة أخرى . وفي المسألة طريقتان : إحداهما ذكرت في المتن .

الثانية: أن الحاجة إلى إذن المولى لشغل رقبته بالمهر ، لا بتمليك البضع ، لأن العبد في حقه يبقى على أصل الحرية ، ومسألة اليمين ممنوعة على الطريقة الأولى ، لا على الطريقة الثانية ، على ما لا يخفى . وثمرة اختلافهم في هذه المسألة تظهر فيما إذا جدد العقد عليها بشرائط الصحة بلا إذن ، وتزوج امرأة أخرى صحيحًا بغير إذن لايجوز عند أبي حنيفة ؛ لانتهاء الأمر بالفاسد ، وعندهما يجوز لعدم الانتهاء ، لأنه لا يتناول الفاسد ، كذا ذكر في «المبسوط» .

م : (**ومن زوج عبدًا مأذونًا له مديونًا امرأة جاز**) ش : المراد بالمأذون المديون ، صرح به في «الكافي» وجاز النكاح ، والمهر في رقبته م : (**والمرأة أسوة للغرماء في مهرها**) ش : وقال الشافعي : المهر والنفقة يتعلقان بربح على ما في يده الحاصل بعد النكاح ، وفي أظهر قوليه الربح سواء حصل بعد النكاح أو قبله ، وهل يتعلق برأس المال فيه وجهان. أظهرهما لا يتعلق .

م : (**ومعناه**) ش : أي معنى قولنا: والمرأة أسوة للغرماء م : (**إذا كان النكاح بمهر المثل**) ش : تضرب المرأة في ثمن العبد بمهرها ، وتضرب الغرماء على قدر ديونهم ، وذلك كما إذا استهلك العبد مال إنسان يكون صاحب المال أسوة الغرماء .

م : (**ووجه ذلك**) ش : أي وجه كون المرأة أسوة للغرماء من حيث م : (**أن سبب ولاية المولى**) ش : للإنكاح م : (**ملك الرقبة على ما نذكره**) ش : أي فيما بعد هذه المسألة بقوله : - ولنا أن النكاح إصلاح ملكه - لأن في تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك م : (**والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالإبطال مقصودًا**) ش : قيد بقوله - مقصودًا - ؛ لأن المانعية إنما تتحقق بذلك ، وأما إذا كان خفيًا فلا يعتبر به ، وها هنا كذلك ، لأن محلية النكاح للآدمية ، وحق الغرماء لا يلاقيها .

م : (**إلا أنه إذا صح النكاح**) ش : فولاية المولى تحصينًا لملكه م : (**وجب الدين بسبب لا مرد**

له فشابه دين الاستهلاك، وصار كالمريض المديون إذا تزوج امرأة ، فمهر مثلها أسوة للغرماء . ومن زوج أمته فليس عليه أن يبوئها بيت الزوج ،ولكنها تخدم المولى ، ويقال للزوج:متى ظفرت بها وطئتها ؛ لأن حق المولى في الاستخدام باق ، والتبوئة إبطال له ، فإن بوأها معه بيتاً فلها النفقة والسكنى ، وإلا فلا ؛ لأن النفقة تقابل الاحتباس .

له) ش : لعدم انفكاك النكاح عن ثبوت المال ، وإن كان كذلك م : (**فشابه دين الاستهلاك**) ش : فإن العبد المأذون المديون إذا استهلك مال إنسان صار صاحب المال أسوة الغرماء م : (**وصار**) ش : أي العبد المأذون والمديون م : (**كالمريض المديون إذا تزوج امرأة ، فمهر مثلها أسوة للغرماء**) ش: أي وارد بالأسوة المساوية في طلب الحق - أي غرماء الصحة ، وإذا كان مهر المثل أكثر منه ، فلا تساويهم، بل تؤخر إلى استيفائهم مهر مثلها ،حقهم كدين الصحة مع دين المرض.

فإن قلت : المهر يتعلق بمالية رقبته ، وفيه إضرار بالغرماء فوجب أن لا يصح .

قلت : لا نسلم ذلك ، فالنكاح لا تعلق له بمالية رقبته ، وهذا يصح نكاح الحر ، ولا مالية في رقبته ، والأخ والعم يزوجان الصغيرة ، وليس لهما ولاية التصرف في المال ، وحق الغرماء يتعلق بالمالية ، فلم يلاقي وجوب المهر حقهم ، فيصح بالمهر.

م : (**ومن زوج أمته فليس عليه أن يبوئها بيت الزوج**) ش : يقال : بوأه منزلاً ، وبوأه له إذا أسكنه إياه ، ولا خلاف فيه لأحد الفقهاء ، ولكن قال الشافعي ، وأحمد : يستخدمها بالنهار ويسلمها ليلاً ، إلى زوجها .

وقال مالك : يسلمها إليه ليلة بعد ثلاث ، ويأتيها زوجها فيما بين ذلك عند أهلها . وفي «الجواهر» للمالكية : استخدام الأمة لا يبطل بالتزويج ، ويحرم على السيد الاستمتاع بها ، وليس عليه أن يبوئها منزلاً ، إلا أن يشترط ذلك في العقد ، وبه قال أحمد بن حنبل ، وعندنا شرط ذلك باطل، لا يمنعه من استخدامها ، لأن الحق للزوج حل الوطء في النكاح لا غير .

م : (**ولكنها تخدم المولى ، ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها ؛ لأن حق المولى في الاستخدام باق ، والتبوئة إبطال له**) ش : أي لحق المولى م : (**فإن بوأها معه**) ش : أي مع الزوج م : (**بيتًا ، فلها النفقة ، والسكنى**) ش : على الزوج ، م : (**وإلا فلا**) ش : إن لم يبوئها معه فلا يلزم النفقة ، والسكنى على الزوج .

م : (**لأن النفقة تقابل الاحتباس**) ش : يعني جزاء الاحتباس ، ولم يوجد، لكن هذا في غير المكاتبة ؛ لأن المكاتبة لها النفقة والسكنى ، وإن لم توجد التبوئة ، وبه صرح في شرح كتاب النفقات للخصاف ، والفرق بينهما وبين الأمة والمدبرة ، وأم الولد أن المولى لا يملك استخدام المكاتبة ، فلا يحتاج إلى تبوئة المولى بخلافهن ، فإن للمولى استخدامهن .

ولو بوأها بيتاً ثم بدا له أن يستخدمها له ذلك ؛ لأن الحق باق لبقاء الملك ، فلا يسقط بالتبوئة ،كما لا يسقط بالنكاح . قال - رحمه الله - :ذكر تزويج المولى عبده وأمته، ولم يذكر رضاهما ، وهذا يرجع إلى مذهبنا لأن للموالى إجبارهما على النكاح .وعند الشافعي -رحمه الله - لا إجبار في العبد، وهو رواية عن أبي حنيفة -رحمه الله - ؛

م : (**ولو بوأها بيتًا ثم بدا له أن يستخدمها له ذلك ؛ لأن الحق باق لبقاء الملك، فلا يسقط بالتبوئة ، كما لا يسقط بالنكاح**) ش : وظهر ، أي ثم ظهر للمولى، أي كما لا يسقط حق المولى بإنكاحه إياها ، لأن المستحق للزوج ملك النكاح لا غير .

فإن قلت : ينبغي أن لا تسقط النفقة بالاستخدام بعد التبوئة كالحرة إذا منعت نفسها لاستيفاء الصداق .

قلت : القياس غير صحيح ؛ لأن المقيس عليه وجد التفويت من قبل الزوج ، فكان امتناعها بحق ، فلم تسقط نفقتها ، وفيما نحن فيه لم يوجد التفويت، والنفقة جزاء الاحتباس، ولم يوجد فسقطت النفقة .

فإن قلت : ينبغي أن يجب عليه التبوئة ؛ لأنه لما ملك الزوج منافع بعضها يجب عليه تسليمها ، والتبوئة من التسليم .

قلنا : التبوئة أمر زائد على التسليم ، فإن التسليم يتحقق بدون التبوئة ، بأن قال له : متى ظفرت بها وطئتها فلا يلزمه التبوئه جمعًا بين الحقين بقدر الإمكان، ولو جاءت الأمة بولد ، فنفقة ولدها على مولاها ؛ لأنه مالكه لا على الأب، وذكر في «الجواهر» : أن للزوج المسافرة بها، ويخرج معها ، والنفقة عليه إذا بوأها بيتًا ، والمهر للأمة مال من مالها ، فلم ينزعه السيد وفي «المغني» : إذا أراد الزوج المسافرة بها فليس له ذلك ، وإن أراد السيد السفر بها ، قال ابن حنبل : لا أدري .

م : (**قال :**) ش : أي المصنف م : (**ذكر**) ش : أي محمد في «الجامع الصغير» م : (**تزويج المولى عبده وأمته ، ولم يذكر رضاهما**) ش : يعني لم يقل : إن رضاهما شرط لصحة النكاح أم لا م : (**وهذا يرجع إلى مذهبنا**) ش : وهو تزويجه بلا رضاها ، وهو معنى قوله : م : (**لأن للمولى إجبارهما على النكاح**) ش : قال في « شرح الطحاوي » : للمولى أن يزوج أمته على كره منها ، صغيرة كانت أو كبيرة ، بالإجماع . وأما في العبد إذا كان صغيراً فكذلك ، وإن كان كبيراً فكذلك عندنا في ظاهر الرواية . وروي عن أبي يوسف أنه قال : لا يجوز إلا برضا العبد ، وهو قول الشافعي المشار إليه بقوله:

م : (**وعند الشافعي لا إجبار للعبد**) ش : وبه قال أحمد م : (**وهو رواية عن أبي حنيفة**) ش : قال الوبري : هو رواية الطحاوي ، عن أبي حنيفة ، وهي رواية شاذة ، وقال الشافعي - في

لأن النكاح من خصائص الآدمية، والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث إنه مال ، فلا يملك إنكاحه ، بخلاف الأمة ؛ لأنه مالك منافع بضعها فيملك تمليكها . ولنا أن الإنكاح إصلاح لملكه ؛ لأن فيه تحصينه عن الزنا ، الذي هو سبب الهلاك أو النقصان فيملكه اعتباراً بالأمة ، بخلاف المكاتب والمكاتبة ، لأنهما التحقا بالأحرار تصرفاً ، فيشترط رضاهما . قال : ومن زوج أمته ، ثم قتلها قبل أن يدخل بها الزوج فلا مهر لها، عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وقالا : عليه المهر لمولاها اعتباراً بموتها حتف أنفها ،

القديم - ، ومالك ، وأحمد - في رواية - كقولنا ، وهذا الخلاف في العبد ، أما في الأمة يجوز عقده ، عليها بغير رضاها بالإجماع ، ولا يجوز تزويج المكاتب والمكاتبة جبرًا بالإجماع ، وكذا في المستسعاة عند أبي حنيفة ، والشافعي ، ومالك ، وأحمد .

م : (**لأن النكاح من خصائص الآدمية ، والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث إنه مال، فلا يملك إنكاحه ، بخلاف الأمة ، لأنه مالك منافع بضعها ، فيملك تمليكها**) ش : بلا رضاها ؛ لكونه تصرفًا في خالص ملكه . م : (**ولنا أن الإنكاح إصلاح لملكه**) ش : يعني أن مملوكه [. . .] رقبته ، فيملك كل تصرف يشعر بصيانة ملكه فيه ، والنكاح منه م : (**لأن فيه تحصينه عن الزنا، الذي هو سبب الهلاك أو النقصان**) ش : إذ بالجلد ربما يهلك لخرق الجلد أو الجرح ، فالنقصان لازم ، ألا ترى أنه لو اشترى عبدًا حد في الزنا ، فله الرد ، فكان في النكاح صونه عنهما م : (**فيملكه**) ش: بلا رضاه.

م : (**اعتبارًا بالأمة**) ش : والجامع قيام سبب الولاية ، وهو ملك الرقبة وتحصين ملكه عن الزنا الموجب للهلاك والنقصان ، وليس المناط في جواز إنكاح الأمة جبرًا تملك منافع بضعها ؛ لأنه لا يطرد مع الإجبار ولا ينعكس ، فإن الزوج يملك منافع بضع المرأة ولا يقدر تزويجها ، والمولى يملك تزويج الصغيرة، ولا يملك منافع بضعها، فكان التعديل به فاسدًا .

م : (**بخلاف المكاتب والمكاتبة**) ش : هذا جواب عما يقال : لو كان الإجبار باعتبار تحصين الملك لجاز في المكاتب والمكاتبة ، ولم يجز ، فأجاب بقوله: بخلاف المكاتب والمكاتبة.

م : (**لأنهما التحقا بالأحرار تصرفًا**) ش : أي من حيث التصرف ، ففي ملك السيد نظر لهما ، لقصورملكه فيهما ؛ لأنهما مالكان يدًا ، فيكون في تزويجهما تفويت لملك التصرف عليهما فإذا كان كذلكم : (**فيشترط رضاهما**) ش : أي إذا أراد المولى تزويجهما .

م : (**قال : ومن زوج أمته، ثم قتلها قبل أن يدخل بها الزوج فلا مهر لها عند أبي حنيفة**) ش : وبه قال الشافعي وأحمد م : (**وقالا : عليه المهر لمولاها اعتبارًا بموتها حتف أنفها**) ش : أي على الزوج المهر لمولى الأمة التي قتلها ، قيد بقوله : - ثم قتلها - ؛ لأنه إذا قتلها أجنبي لا يسقط المهر بالاتفاق ، وقيد بقوله : - قبل أن يدخل الزوج بها - ؛ لأنه إذا قتلها بعد الدخول لا

وهذا لأن المقتول ميت بأجله ، فصار كما إذا قتلها أجنبي . وله أنه منع المبدل قبل التسليم، فيجازى بمنع البدل ، كما إذا ارتدت الحرة .

يسقط بالاتفاق ، وإذا غيبها المولى بمكان لا يقدر عليه الزوج لا يطالبه بالمهر بالاتفاق ، وكذا إذا غابت في مكان لا يقدر عليها ، أو باعها من سلطان ، أو غيره ، فذهب بها من المصر فإنه يسقط المطالبة بالمهر عن الزوج ، وكذا لو أعتقها قبل الدخول ، فاختارت نفسها .

وإذا ارتدت الأمة ، أو الحرة قبل الدخول يسقط المهر بالاتفاق ، والحرة إذا قتلت نفسها فيه روايتان عن أبي حنيفة . وفي «المنهاج» : لو قتلت المرأة نفسها أو قتلها أجنبي لا يسقط مهرها عند الشافعي قبل الدخول لا يسقط بالاتفاق . والأمة إذا قتلت نفسها ، أو قتلها أجنبي لا يسقط مهرها عند الشافعي ، وفي «الجواهر» : لو قتلت الأمة سيدها أو أجنبي أو قتلت نفسها ، أي قياسًا على موتها حتف أنفها ، قال في «المغرب» : قولهم : - مات حتف أنفه- إذا مات على الفرش ، قيل : هذا في حق الآدمي ، ثم عمر في كل حيوان إذا مات .

وقال ابن الأثير : مات على حتف أنفه كأنه سقط لأنفه فمات والحتف الهلاك ، كانوا يتخيلون أن روح المؤمن تخرج من أنفه ، فإذا جرح خرجت من جراحته .

م : (**وهذا**) ش : أي اعتبار قتلها بموتها حتف أنفها م : (**لأن المقتول ميت بأجله**) ش : لا أصل له سوى هذا عند أهل السنة والجماعة م : (**فصار**) ش : أي حكم هذا م : (**كما إذا قتلها أجنبي**) ش : حيث لا يسقط .

م : (**وله**) ش : أي لأبي حنيفة م : (**أنه**) ش : أي أن الولي م : (**منع المبدل**) ش : وهو البضع م : (**قبل التسليم**) ش : أي قبل تسليمه إلى الزوج م : (**فيجازى بمنع البدل**) ش : وهو المهر م : (**كما إذا ارتدت الحرة**) ش : حيث يسقط مهرها مجازاة لفعلها ، فكذلك ها هنا مجازاته تمنع البدل .

وقال الكاكي : إذا كان من أهل المجازاة تحقيقًا للمساواة ، ثم قال : وإنما قيدنا بقولنا : إذا كان من أهل المجازاة ، لأن الصغيرة لو ارتضعت من أم زوجها أو المجنونة قبلت ابن زوجها بشهوة قبل الدخول ، حتى بانتا لم يسقط المهر ؛ لأنهما ليسا من أهل المجازة بخلاف المولى ، فإن من أهل المجازاة ، حتى يجب عليه الكفارة .

ولو كان المولى صبيًا قالوا : يجب أن لا يسقط المهر على قول أبي حنيفة ، بخلاف الصغيرة إذا ارتدت حيث يسقط مهرها بالارتداد ؛ لأن الارتداد محظور في حقها ، ولهذا يحرم عن الميراث ، وإنما قيدنا بالارتداد بالحرة ؛ لأن في ارتداد الأمة هل يسقط مهرها ؟ لا رواية عن أصحابنا فيه ، واختلف المشايخ فيه ، قيل : لا يسقط ، وقيل : يسقط .

والقتل في أحكام الدنيا جعل إتلافاً حتى وجب القصاص والدية ، فكذا في حق المهر . وإن قتلت حرة نفسها قبل أن يدخل بها زوجها فلها المهر، خلافاً لزفر -رحمه الله- ، هو يعتبره بالردة، وبقتل المولى أمته ، والجامع ما بيناه . ولنا أن جناية العبد على نفسه غير معتبرة في حق أحكام الدنيا، فشابه موتها حتف أنفها ، بخلاف قتل المولى أمته ، لأنه معتبر في أحكام الدنيا ، حتى تجب الكفارة عليه ، وإذا تزوج أمة فالإذن في العزل

م : (**والقتل في أحكام الدنيا**) ش : هذا جواب عن قولهما : لأن المقتول ميت بأجله ، بيانه : أن القتل مؤقت في الحقيقة بأجل عند الله تعالى ، ولكن في أحكام الدنيا م : (**جعل إتلافًا حتى وجب القصاص**) ش : في العمد م : (**والدية**) ش : في الخطأ ، هذا لا يجب القصاص على المولى لاستحالة أنه يجب عليه له ، لكن عليه الإثم م : (**فكذا في حق المهر**) ش : يعني أن القتل جعل إتلافًا في حق القصاص والدية ، فكذا جعل إتلافًا في حق المهر ، وجعل كأنه غير الموت ، يعني كما أن القتل جعل إتلافًا .

م : (**وإن قتلت حرة نفسها قبل أن يدخل بها زوجها فلها المهر ،خلافًا لزفر**) ش : وبه قال الشافعي ، وفي شرح «الكافي» : خلافًا للشافعي مكان خلافًا لزفر ، ثم قال : وفي «المبسوط» قال : الشافعي مكان زفر ، وفي «الكافي» ذكرهما ، وهذا قول من الشافعي ، وفي «الحلية» : المنصوص أنه لا يسقط مهر مثلها ، وفي «شرح الوجيز» : للأصحاب فيه طريقان ، أشهرهما : أن المسألة على قولين ، بالنقل والتخريج ، أحدهما : أنه يسقط كما قال زفر ، والثاني : لا يسقط ، وهو اختيار المزني .

م : (**وهو يعتبره بالردة**) ش : أي زفر يقيس حكم هذه المسألة على حكم الردة يعني إذا ارتدت الحرة قبل الدخول بها م : (**وبقتل المولى أمته**) ش : أي ويعتبر أيضًا بقتل المولى أمته م : (**والجامع**) ش : أي الجامع بين المقيس ، وهو قتل الحرة نفسها ، وبين المقيس عليه ، وهو ردة الحرة قبل الدخول ، وقتل المولى أمته م : (**ما بيناه**) ش : وهو أن من له حكم منع المبدل يجازى بمنع البدل ، وقياس زفر قتل المولى أمته ، إنما يصح على قول أبي حنيفة ؛ لأن أبا يوسف ومحمد لا يقولان بسقوط المهر في قتل المولى أمته .

م : (**ولنا أن جناية العبد على نفسه غير معتبرة في حق أحكام الدنيا**) ش : لهذا قال أبو حنيفة ومحمد : إنها تغسل ويصلى عليها م : (**فشابه**) ش : أي قتلها نفسها م : (**موتها حتف أنفها**) ش: فإنها إذا ماتت حتف أنفها لا يسقط مهرها بالاتفاق م : (**بخلاف قتل المولى أمته**) ش : جواب عن قوله : ويقتل المولى أمته م : (**لأنه يعتبر في حق أحكام الدنيا ، حتى تجب الكفارة عليه**) ش : يعني إذا قتلها خطأ ، وكذلك يجب الضمان على المولى إن كان عليها دين .

م : (**وإذا تزوج أمة فالإذن في العزل**) ش : وهو أن يطأها ويعزل شهوته عنها ، كيلا يتولد

إلى المولى ، عند أبي حنيفة -رحمه الله- . وعن أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- أن الإذن إليها لأن الوطء حقها حتى تثبت لها ولاية المطالبة ، وفي العزل ينقص حقها ، فيشترط رضاها كما في الحرة، بخلاف الأمة المملوكة ؛ لأنه لا مطالبة لها ، فلا يعتبر رضاها .

الولد م : (**إلى المولى عند أبي حنيفة**) ش : العزل في الأمة المملوكة حلال بإجماع العلماء ، وفي الأمة المنكوحة يجوز عند الشافعي في الأصح بغير الرضا وبالإذن يجوز عندنا ، وللشافعي وجه ، ومالك وأحمد ، ولكن ولاية الإذن للمولى عند أبي حنيفة .

م : (**وعن أبي يوسف ومحمد أن الإذن إليها**) ش : أي الأمة ، قاله الأترازي .

وفي بعض نسخ «الهداية» : وعن أبي يوسف ومحمد : أن الإذن إليها وهو أصح ؛ لأن هذه المسألة من مسائل «الجامع الصغير» وصورتها فيه ، روى محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل زوج أمته ، فأراد أن يعزل عنها ، قال : الإذن في العزل إلى المولى ، ولم يذكر الخلاف ، فدل أن ظاهر الرواية عنهما ، كما قال أبو حنيفة ، ولهذا قال فخر الإسلام البزدوي في شرح «الجامع الصغير» : وعن أبي يوسف ومحمد أن العزل إليها **قلت** : وفي «خير المطلوب» ، ولم يذكر عنهما خلافًا ، وفيه عنهما بالإذن إليها .

وفي «ملتقى البحار» : الأمة تحت حر وعبد ، لا يعزل الزوج عنها إلا بإذن المولى عند أبي حنيفة رضيت الأمة أو لم ترض ، وهكذا في «البدائع» و«قاضي خان» .

وقال ابن حزم في «المحلى» : لا يحل العزل عن الحرة ، ولا عن الأمة ، وقال ابن المنذر في «الأشراف» : رخص في العزل عن جارية جماعة من الصحابة علي بن أبي طالب ، وسعد بن أبي وقاص ، وزيد بن ثابت ، وأبو أيوب الأنصاري ، وابن عباس، وجابر بن عبد الله ، وأنس ، وأبي ، والحسن بن علي ، وخباب بن الأرت رضي الله تعالى عنهم ، وبه قال سعيد بن المسيب ، وطاوس ، وعن أبي بكر، وعمر ، وابن مسعود ، وابن عمر ، كراهته .

م : (**لأن الوطء حقها**) ش : أي حق الأمة المنكوحة م : (**حتى تثبت لها ولاية المطالبة**) ش : فلا يجوز بغير رضاها م : (**وفي العزل ينقص حقها فيشترط رضاها كما في الحرة**) ش : أي كما يشترط الرضا في الحرة ؛ لأن لها مطالبة الزوج بالوطء بالإجماع ، لأن النكاح صيانة لها عن السفاح ، وذا بقضاء الوطء .

م : (**بخلاف الأمة المملوكة**) ش : حيث يجوز لمولاها أن يعزل رضيت أم لم ترض م : (**لأنه لا مطالبة لها**) ش : أي للأمة المملوكة م : (**فلا يعتبر رضاها**) ش : والمكاتبة كالأمة عند الجمهور ، وقال : له قوله : تخيير المكاتبة ، وصح ذلك عن الحسن ، وهو قول الحسن ، وأبي قلابة ، وعبد الله بن زيد الجرمي .

وجه ظاهر الرواية أن العزل يخل بمقصود الولد ، وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبهذا فارقت الحرة. وإن تزوجت أمة بإذن مولاها ، ثم أعتقت فلها الخيار حراً كان زوجها أو عبداً لقوله عليه السلام لبريرة حين أعتقت : «ملكت بضعك

وقال سفيان الثوري : إن تزوجها بعد الكتابة فلا خيار لها ، وإن تزوجها قبل الكتابة فلها الخيار ، وقال قوم : إنها تخير تحت العبد ، ولا تخير تحت الحر ، وهو قول الحسن ، والزهري ، وأبي قلابة ، وعطاء ، وعروة ، ونسب ذلك إلى ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ، وهو قول ابن أبي ليلى ، والأوزاعي ، ومالك ، والشافعي ، وابن حنبل ، وابن راهويه ، وأبي سليمان ، وداود الطائي .

م : (**وجه ظاهر الرواية أن العزل يخل بمقصود الولد ، وهو حق المولى، فيعتبر رضاه**) ش : ولا حق للأمة في قضاء الشهوة ؛ لأن النكاح لم يشرع لها ابتداء ، وبقاء ؛ لهذا لا تتمكن من مطالبة مولاها بالتزويج ، ويعذر الزوج على إبطال نكاحها بلا استطاعة رأيها ، وإنما كانت الكراهة للولد ، والولد حق المولى ، فيشترط رضاه لا رضاها .

وفي «جامع المحبوبي» : على هذا الخلاف حق الخصومة لو وجدت زوجها عنينًا فعنده يكون للمولى ، وعندهما لها ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد ، والأصل فيه ماروى **أن الصحابة استأذنوا النبي ﷺ في العزل فأذن لهم** وقد جاء عن بعض المفسرين في قوله تعالى : ﴿ **فأتوا حرثكم أنى شئتم** ﴾ (البقرة : الآية ٢٢٣) إن شئتم عزلاً ، وإن شئتم غير عزل ، لما أن اليهود يكرهون العزل ، ويقولون : هو الموءودة الصغرى ، فنزلت فأجمعوا في الحرة أن العزل لا يجوز بغير رضاها . لكن ذكر في « الفتاوى» : إن خاف الولد السوء في الحرة يسعه العزل في الحرة بغير رضاها لفساد الزمان ، وكذا يسعها المعالجة لإسقاط ما لم يستبن شيء من خلقه ثم إذا عزل بإذن أو بغير إذن ، ثم ظهر بها حمل هل يحل نفيه ؟ قالوا : إن لم يعد إليها أو عاد ولكن بال قبل العود يحل النفي ، وإن لم يبل لا يحل النفي ، كذا روي عن علي رضي الله تعالى عنه .

م : (**وبهذا فارقت الحرة**) ش : أي بتعليلنا أن العزل يحل بمقصود الولد ، وهو حق المولى فارقت الأمة المنكوحة الحرة ؛ لأن لها الحق في الولد دون الأمة ، فلما وجد الفارق بطل القياس .

م : (**وإن تزوجت أمة بإذن مولاها ، ثم أعتقت فلها الخيار ، حرًا كان زوجها أو عبدًا**) ش : يعني لها الخيار ، سواء كان زوجها حال الإعتاق حرًا أو عبدًا ، إن شاءت أقامت معه ، وإن شاءت اختارت نفسها ففارقته ، ولا مهر لها إن لم يدخل بها الزوج ، وإن كان دخل بها فالمهر واجب لسيدها ، وإن اختارت زوجها فالمهر لسيدها ، دخل الزوج بها أو لم يدخل .

م : (**لقوله عليه السلام**) ش : أي لقول النبي ﷺ م : (**لبريرة حين أعتقت : «ملكت بضعك**

فاختاري» ، فالتعليل بملك البضع صدر مطلقاً ، فينتظم الفصلين . وهو محجوج به ،

فاختاري») ش : هذا أخرجه الدارقطني عن عائشة أن النبي ﷺ قال لبريرة : **«اذهبي فقد عتق معك بضعك»** [1] .

ورواه ابن سعد في «الطبقات» أخبرنا عبد الوهاب بن عطاء عن داود بن أبي هند عن عامر الشعبي أن النبي ﷺ قال لبريرة لما أعتقت : **«قد عتق بضعك معك ، فاختاري ،»** [2] وهذا مرسل ، وروى البخاري ومسلم ، عن القاسم ، عن عائشة رضي الله عنها قالت : كانت في بريرة ثلاث سنن . . . إلى آخر الحديث، وفيه : وعتقت ، فخيرها رسول الله ﷺ من زوجها فاختارت نفسها .

م : (**فالتعليل بملك البضع صدر مطلقًا**) ش : يعني أن النبي ﷺ جعل علة ثبوت الخيار ملك البضع ، ولم يفصل بينهما إذا كان زوجها حرًا أو عبدًا م : (**فينتظم الفصلين**) ش : أي فيشمل الفصلين ، وهو ما إذا كان زوجها حرًا أو عبدًا ، حيث لا يثبت لها الخيار إذا كان زوجها حرًا ، وبه قال مالك وأحمد م : (**وهو محجوج به**) ش : أي الشافعي محجوج بهذا الحديث ؛ لأن التعليل بملك البضع مطلقًا ينتظم الفصلين .

واختلفت الروايات في زوج بريرة ، هل كان حرًا أو عبدًا حين خيرت ، فإن أصحابنا لا يفرقون بين الحر والعبد في ثبوت الخيار لها ، والشافعي يقول : لها الخيار في العبد دون الحر ، فمن أحاديث أنه كان حرًا ، ورواه الجماعة إلا مسلماً من حديث إبراهيم عن الأسود عن عائشة رضي الله عنها قالت : يارسول الله إني اشتريت بريرة لأعتقها . . . الحديث ، وفي آخره قال الأسود : فكان زوجها حرًا .

وقال البخاري : قول الأسود منقطع ، وقول ابن عباس : رأيته عبدًا أصح ، وأخرجه البخاري أيضًا عن الحكم عن إبراهيم ، وفي آخره قال الحكم : وكان زوجها حرًا ، قال البخاري : وقول الحكم مرسل .

ومن أحاديثه أنه كان عبدًا ما رواه الجماعة إلا مسلمًا عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أن زوج بريرة كان عبدًا أسود ، يقال له : مغيث . . . الحديث، ومنها ما رواه مسلم وأبو داود من حديث هشام بن عروة عن عائشة محيلاً على ما قبله في قصة بريرة ، وزاد وقال : وكان زوجها عبدًا ، فخيرها رسول الله ﷺ ، فاختارت نفسها، ولو كان حرًا لم يخيرها .

---

(١)رواه البيهقي في السنن(٧/ ٢٢٣) ، والدارقطني (٣/ ٢٩٠) .

(١) رواه ابن سعد في الطبقات (٨/ ١٨٩) في «ترجمة بريرة» مولاة عائشة .

ولأنه يزداد الملك عليها عند العتق ، فيملك الزوج بعده ثلاث تطليقات فتملك رفع أصل العقد دفعاً للزيادة . وكذلك المكاتبة يعني إذا تزوجت بإذن مولاها ، ثم أعتقت.

ومنها ما أخرجه مسلم وأبو داود والنسائي عن سماك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة : « **أن بريرة خيرها رسول الله ﷺ وكان زوجها عبداً** »[1] ومنها ما أخرجه البيهقي عن نافع ، عن صفية بنت أبي عبيد أن زوج بريرة كان عبداً ، وقال : إسناده صحيح ، وقال الطحاوي : إذا اختلفت الآثار وجب التوفيق بينها فنقول : إنا وجدنا الحرية تعقب الرق ، ولا ينعكس فيحمل على أنه كان حراً عندنا ما خيرت عبداً قبله ، وإن ثبت أنه عبد ولا يبقى الخيار لها يجب إذا لم يخبر عن النبي ﷺ أنه إنما خيرها لكونه عبداً ، انتهى .

وقال الكاكي : ولو تعارضت الروايات بقي قوله عليه السلام : «**ملكت بضعك فاختاري**» .

م : (**ولأنه يزداد الملك**) ش : دليل معقول ، فنقول : بيانه أن ملك الزوج يزداد م : (**عليها**) ش : أي على الأمة م : (**عند العتق**) ش : أي عند عتقها ، يعني عند عتق مولاها إياها ؛ لأنها كانت تخلص من زوجها قبل العتق بطلاقين ، فبعد العتق لا تخلص منه إلا بثلاث ، وهي معنى قوله : م : (**فيملك الزوج بعده**) ش : أي بعد العتق م : (**ثلاث تطليقات**) ش : فيزداد ملك الزوج عليها بسبب العتق بتطليقة ، فيملك ثلاث تطليقات . ثم هي لا تملك دفع تلك الزيادة إلا برفع أصل النكاح ، م : (**فتملك رفع أصل العقد رفعًا للزيادة**) ش : ، فأثبت الشارع لها الخيار ، فلا يتمكن من ذلك إلا برفع أصل النكاح ، فصار هذا كعبد بين اثنين كاتبه أحدهما فلان حرائر والكل ؛ لأن له أن يرد نصيبه ولا يمكن ذلك إلا برد الكل ، ولهذا لو اختارت نفسها كان فسخًا لا طلاقًا كخيار البلوغ ، لأن سبب هذا الخيار يعني في جانبها وهو ملكها أمر نفسها ، وكل فرقة كانت بسبب جهة المرأة لا يكون طلاقًا ، ثم خيارها يقتصر على المجلس عندنا .

وعند الشافعي : في الأصح على الفور ، وفي قول : على التراخي ، وفي التراخي قولان : في قول إلى ثلاث أيام ، وفي قول إلى أن يمكنه من وطئها ، وإن اختارت نفسها ، فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها ، لأن فسخ النكاح جاء من قبلها وبعده ، فالمهر لسيدها ، وبه قال الشافعي رحمه الله تعالى .

م : (**وكذلك المكاتبة**) ش : هذا لفظ القدوري ، وفسره المصنف بقوله م : (**يعني إذا تزوجت بإذن مولاها ، ثم أعتقت**) ش : بأداء بدل الكتابة كان لها الخيار ، سواء كان زوجها حرًا أو عبداً لزيادة الملك عليها ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد .

---

(١) رواه مسلم «باب بيان أن الولاء لمن أعتق » ، والنسائي «باب خيار الأمة تعتق وزوجها مملوك» [٣٢٢٩] ، وأبو داود [٢٢٣٤] .

وقال زفر -رحمه الله- : لا خيار لها ؛ لأن العقد نفذ عليها برضاها ، وكان المهر لها ، فلا معنى لإثبات الخيار ، بخلاف الأمة ؛ لأنه لا يعتبر رضاها . ولنا أن العلة ازدياد الملك ، وقد وجدناها في المكاتبة ؛ لأن عدتها قرءان وطلاقها ثنتان . وإن تزوجت أمة بغير إذن مولاها ، ثم أعتقت صح النكاح ؛ لأنها من أهل العبادة ، وامتناع النفوذ لحق المولى ،

م : (**وقال زفر : لا خيار لها ، لأن العقد نفذ عليها**) ش : أي على المكاتبة م : (**برضاها ، وكان المهر لها ، فلا معنى لإثبات الخيار**) ش : وتحقيق كلام زفر وثبوت الخيار من الأمة لنفوذ العقد عليها بغير رضاها ، وسلامة المهر لمولاها ، وهذا غير موجود هنا ؛ لأن المهر لها ولا ينفذ نكاحها إلا برضاها ، وقال ابن أبي ليلى : إن أعانها على بدل الكتابة لا خيار لها ، وإن لم يعنها فلها الخيار م : (**بخلاف الأمة ؛ لأنه لا يعتبر رضاها**) ش : في التزويج وقد ذكرناه .

م : (**ولنا أن العلة**) ش : أي علة إثبات الخيار للأمة بعد العتق ، م : (**ازدياد الملك عليها ، وقد وجدناها**) ش : أي العلة ، وهي ازدياد الملك عليها م : (**في المكاتبة**) ش : والدليل على ذلك قوله م : (**لأن عدتها**) ش : أي عدة المكاتبة م : (**قرءان**) ش : أي حيضتان م : (**وطلقتان**) ش : وكذا إيلاؤها شهران ، فازداد كل ذلك بالعتق ، كما في الأمة إذا أعتقت ، فيكون لها الخيار ، ولأنه عليه الصلاة والسلام خير بريرة ، وهي مكاتبة ، ولو قيل : يحتمل أنها لم تكن مكاتبة وقت النكاح ، وحينئذ لم يكن نفوذ نكاحها برضاها ، قلنا : الظاهر أنها كانت مكاتبة وقت النكاح ، لأن الحال يدل على ما قبله ، على أنه عليه السلام رتب الخيار على ملك بضعها ، فكانت علة لثبوت الخيار والعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب .

فإن قيل : المكاتبة مالكة لبضعها قبل العتق ، ولهذا يكون البدل لها ، ولم يحل للمولى وطئها ، فلم يتناول النص ، قلنا : إنها ليست بمالكة لبضعها ؛ لأنها لا تملك نفسها ، وبضعها جزؤها ، فلا تملكه ، وإن وجب البدل لها لأنها أحق باكتسابها ، ولم يحل وطؤها ؛ لأنه من منافعها .

م : (**وإن تزوجت أمة بغير إذن مولاها، ثم أعتقت صح النكاح**) ش : وفي «المبسوط» : وكذا الحكم في العبد لو تزوج بغير رضا المولى ، وكذا لو باعه ثم أجاز المشتري ، فكان التخصيص بالأمة لها مسألة تمليكها ، وهي المسألة المتعلقة بالخيار ، وقال الشافعي ومالك وأحمد : لا يصح لأنه نكاح الفضولي ، وبعبارة النساء فلا تنعقد أصلاً عندهم .

وفي «المبسوط» : وعن زفر أنه يبطل النكاح م : (**لأنها**) ش : أي لأن الأمة م : (**من أهل العبادة**) ش : حتى لو أقرت بدين صح ، وتطالب بعد العتق ، وأهلية العبادة من خواص العبادة ، وهي فيها ميقات على أهل الحرية ، فينعقد نكاحها .

م : (**وامتناع النفوذ لحق المولى**) ش : هذا جواب عما يقال : إذا كان الأمر كما ذكرت فلم لا

وقد زال . ولا خيار لها ؛ لأن النفوذ بعد العتق ، فلا تتحقق زيادة الملك ، كما إذا زوجت نفسها بعد العتق . فإن كانت تزوجت بغير إذنه على ألف ، ومهر مثلها مائة ، فدخل بها زوجها ثم أعتقها مولاها فالمهر للمولى ؛ لأنه استوفى منافع مملوكة المولى ، وإن لم يدخل بها حتى أعتقها فالمهر لها ؛ لأنه استوفى منافع مملوكة لها ، والمراد بالمهر الألف المسمى ؛ لأن نفاذ العقد بالعتق استند إلى وقت وجود العقد ، فصحت التسمية ووجب المسمى .

ينفذ نكاحها ؟ فأجاب بأن امتناع النفوذ أي نفوذ النكاح لحق المولى م : (**وقد زال**) ش : أي حقه بالعتق ، م : (**ولا خيار لها، لأن النفوذ بعد العتق فلا يتحقق زيادة الملك**) ش : للمولى م : (**كما إذا زوجت نفسها بعد العتق**) ش : حيث يسقط حق المولى ، ويتم النكاح فعادت الحرية من جهتها .

م : (**فإن كانت تزوجت بغير إذنه على ألف درهم ، ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها، ثم أعتقها مولاها فالمهر لمولاها**) ش : والنكاح صحيح ، ولا خيار لها ، وفي نفاذ النكاح ، خلاف زفر ، كما في المسألة المتقدمة ، إنما قال : والحال أن مهر مثلها مائة ؛ ليعلم أن المسمى ، وإن زاد على مهر المثل فهو للمولى ، إذا كان الدخول قبل العتق ، وإنما كان المهر كله للمولى م : (**لأنه**) ش : أي لأن الزوج م : (**استوفى منافع مملوكة المولى**) ش : فيجب البدل به .

م : (**وإن لم يدخل بها حتى أعتقها فالمهر لها ، لأنه استوفى منافع مملوكة لها**) ش : فيجب البدل لها م : (**والمراد بالمهر الألف المسمى**) ش : هذا جواب عما يقال : كان ينبغي أن يكون للمولى مهر المثل بالدخول قبل العتق بالغًا ما بلغ ، كما قال الشافعي وغيره وهو القياس ، فأجاب بقوله : والمراد بالمهر ، أي المراد بالمهر المذكور بقوله : فالمهر للمولى ، وفي قوله : بالمهر لها هو الألف المسمى ، لا مهر المثل .

م : (**لأن نفاذ العقد بالعتق استند إلى وقت وجود العقد**) ش : لأن وجوب العقد بالدخول ، إنما يكون باعتبار العقد م : (**فصحت التسمية ووجب المسمى**) ش : للمولى إذا أعتقها بعد الدخول ، وللأمة إذا أعتقها قبله ، فإن قيل : كيف يسند الجواز إلى وقت العقد ، والمانع من الإسناد قائم ، لأن المانع من الجواز هو الملك ، والملك قد زال بالعتق مقتصر ، ألا ترى أن الأمة إذا حرمت حرمة غليظة على زوج كان لها ، قبل ذلك، وتزوجت بغير إذن المولى فدخل بها فأعتقها المولى لاتحل على الزوج الأول باعتبار العتق غير معتبر في حق هذا الدخول الذي كان قبل العتق .

أجيب : بأن ما ذكرته قياس ؛ لأن القياس هو أن يلزمه مهران ، مهر بالدخول قبل نفاذ النكاح ، وهو مهر المثل ، ومهر بالنكاح وهو المسمى لما ذكرت من وجود المانع عن الاسترداد ، إلا أنهم استحسنوا فقالوا يلزمه مهر واحد ، وهو المسمى وقت العقد؛ لأنه لو وجب مهرًا بالدخول لوجب بحكم العقد ، إذ لولاه لوجب الحد ، فكان المهر واجبًا بالدخول مضافًا إلى

ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطء في نكاح موقوف ، لأن العقد قد اتحد باستناد النفاذ ، فلا يوجب إلا مهراً واحداً. ومن وطىء أمة ابنه ، فولدت منه فهي أم ولد له ، وعليه قيمتها ولا مهر عليه .

العبد بإيجاب مهر آخر بالعقد ، جمع بين المهرين بعقد واحد وهو ممتنع . م : (**ولهذا**) **ش** : أي ولأجل نفاذ العقد مسندًا إلى وقت وجوب العقد ، وصحة التسمية م : (**لم يجب مهر آخر بالوطء في النكاح الموقوف لأن العقد قد اتحد باستناد النفاذ**) **ش** : إلى أصله م : (**فلا يوجب**) **ش** : أي العقد المتحد م : (**إلا مهرًا واحدًا**) **ش** : لأنه لا يجوز أن يكون في العقد الواحد مهران .

م : (**ومن وطىء أمة ابنه فولدت منه فهي أم ولد له**) **ش** : أي للأب ، وهذا إذا ادعاه الأب ، وثبت النسب منه ، وإنما يثبت إذا كانت الأمة في ملك الابن من وقت العلوق، إلى وقت الدعوى م : (**وعليه قيمتها**) **ش** : أي على الأب قيمة الجارية م : (**ولا مهرعليه**) **ش** : أي الأب أي العقر إذا ادعى الولد ، سواء صدقه الابن، أو لم يصدقه ، وتصيرأمته أم الولد للأب وبه قال أحمد والشافعي في الصحيح ، وقال المزني : لا تصير أم ولد له ،روي ذلك عن مالك ، لأنها ليست ملكًا له وقت الإحبال .

وفي «المبسوط» وغيره : العقر عبارة عن مهر المثل ، وفي «مبسوط شيخ الإسلام» : ينظر إلى هذه المرأة بكم كانت تستأجر للزنا مع جمالها ، وجاز الاستئجار على الزنا ، فالقدر الذي يستأجر على الزنا يجعل مهرًا .

وقال السروجي بعد قوله ولا مهرعليه : وقال زفر والشافعي وابن حنبل : يجب المهر ، وفي «المنهاج» : يجب به عليه مهر ولا حد على الغاصب ، وفي القديم يجب به عليه مهر ولا حد على الغاصب ، وفي القديم يجب الحد ، فإن أحبلها فالولد حر نسبًا، والجارية تصير أم ولد في الأظهر إذا لم تكن أم ولد ابنه وعليه قيمتها مع المهر ،لا قيمة ولده في الأصح .

وفي «المغني»: إن علقت منه صارت أم ولده ، وهو قول الثوري وإسحاق ، ذكره ابن المنذر ، وقال أبو ثور : إن علم أنها لا تحل له يجب الحد ولا يلزم الأب قيمة الجارية ، ولا عقرها ولا قيمة الولد عند أحمد ، قال وقال الشافعي : يلزمه ذلك إن حكم بأنها أم ولده، وقال ابن قدامة في «المغني» : وقال أبو حنيفة : يلزمها قيمتها ، لأنها حرمت على الابن فوطأها كالأم. وقال السروجي : وغلط في النقل ، وهو كثير الخطأ والغلط في نقل مذهبنا ، ولو كان الابن زوجها إياه جاز النكاح عندنا ، وهو قول أهل العراق ، وعند أهل الحجاز لا يجوز ، وهو قول ابن حنبل .

وفي «المبسوط»: لا يجوز للأب أن يتزوج بجارية ابنه عند الشافعي ، واعلم أن جارية الابن لا تحل عند عامة العلماء ، وقال ابن أبي ليلى: لابأس به إذا احتاج إليها، وهو مذهب أنس بن مالك رضي الله عنه قياسًا على الطعام ، ومن الصحيحة قول العامة ، قال السروجي :

ومعنى المسألة أن يدعيه الأب ، ووجهه : أن له ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء ، فله تملك جارية ابنه للحاجة إلى صيانة الماء ، غير أن الحاجة إلى إبقاء نسله دونها إلى إبقاء نفسه ، فلهذا يتملك الجارية بالقيمة ، والطعام بغير القيمة ، ثم هذا الملك يثبت قبل الاستيلاد ، شرطاً له ، إذ الصحيح حقيقة الملك أو حقه ، وكل ذلك غير ثابت للأب فيها ، حتى يجوز له التزوج بها ،

وأجمعوا على أن الأب يحرم عليه وطء أمة ابنه ، وذكر التمرتاشي أن العبد لو كان عبداً أو مكاتبًا ، أو كافرًا لم تجز دعوته ، لعدم الولاية ، والأب كالجد عند عدمه ، وأما أب الأم فلا ولاية بحال ، كذا في «جامع المحبوبي» .

م : (**ومعنى المسألة أن يدعيه الأب**) ش : إنما فسر المسألة بهذا ؛ لأنها من مسائل «الجامع الصغير» ، ولم يذكر فيه الدعوى ، بل قال : محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل وطئ جارية ابنه فولدت منه ، قال : هي أم ولده ، وعليه قيمتها ، ولا مهر عليه ، وإنما ذكر القدوري الدعوة في باب الاستيلاد ، فقال : إذا وطئ الأب جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ، ثبت نسبه ، وصارت أم ولده ، وعليه قيمتها ، وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها .

م : (**ووجهه**) ش : أي وجه ما قلنا م : (**أن له**) ش : أي أن للأب م : (**ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء**) ش : أي صيانة نفسه ، لقوله عليه السلام : « **أنت ومالك لأبيك**»[1] . م : (**فله**) ش : أي فللأب م : (**تملك جارية ابنه للحاجة إلى صيانة الماء**) ش : لأن الماء حرموه ، فوجب صون ماله عن الضياع بمال الابن ، وذلك تمليك جاريته لتصحيح فعل الاستناد ، إذ الاستناد إذا خلا عن الملك لغى ، وإذا تملكها غرم قيمتها لابنه ، لأن حاجته ليست بكاملة ، لأنها ليست من ضرورات البقاء . م : (**غير أن الحاجة**) ش : هذا جواب عما يقال : لو كانت صيانة الماء لبقاء الأصل لما وجب عليه القيمة ، كما في الطعام ، فأجاب بقوله : غير أن الحاجة م : (**إلى إبقاء نسله**) ش : ولهذا لا يجبر الولد على إعطاء جارية والده للاستيلاد لكونه غير ضروري م : (**فلهذا يتملك الجارية بالقيمة ، والطعام بغير القيمة**) ش : لأنه ضروري .

م : (**ثم هذا الملك**) ش : أي للأب هذا جواب عما يقال بطريق المعاوضة ، فإن الاستيلاد يعتمد الملك كما في المملوكة ، أو حق الملك ، كما في المكاتبة وليس بشيء من ذلك وجود ، فأجاب بقوله : ثم هذا الملك ، م : (**يثبت قبل الاستيلاد شرطًا له**) ش : أي حال كونه شرطًا للاستيلاد م : (**إذ الصحيح**) ش : يعني الاستيلاد م : (**حقيقة الملك**) ش : كما في المملوكة م : (**أو حقه**) ش : كما في المكاتبة م : (**وكل ذلك**) ش : أي حقيقة الملك أو حق الملك م : (**غير ثابت للأب فيها ، حتى يجوز له التزوج بها**) ش : برفع يجوز ، كقولهم : مرض فلان ، حتى لا يرجونه وهو نتيجة لعدم ثبوت حقيقة الملك ، وحق في جارية الابن للأب ، يعني جاز للأب التزوج

---

(١) تقدم الكلام فيه .

فلا بد من تقديمه ، فتبين أن الوطء يلاقي ملكه ، فلا يلزمه العقر .وقال زفروالشافعي -رحمهما الله- : يجب المهر ؛ لأنهما يثبتان الملك حكماً للاستيلاد ، كما في الجارية المشتركة ، وحكم الشيء يعقبه والمسألة معروفة. قال: ولو كان الابن زوجها أباه فولدت لم تصر أم ولد له ، ولا قيمة عليه ، وعليه المهر ، وولدها حر ؛ لأنه صح التزويج عندنا ، خلافاً للشافعي -رحمه الله- لخلوها عن ملك الأب، ألا ترى أن الابن ملكها من كل

بجارية الابن ، فلو كان فيها حق لم يجز .

م : (**فلا بد من تقديمه**) ش : أي تقديم الملك على الوطء كيلا يقع فعله حرامًا ، أو لكونه شرطًا لصحة الاستيلاد، وشرط الشيء يسبقه م : (**فتبين أن الوطء يلاقي ملكه**) ش : أي كأن الوطء وقع في ملكه م : (**فلا يلزمه العقر**) .

م : (**وقال زفر، والشافعي : يجب المهر ؛ لأنهما**) ش : أي لأن زفر والشافعي م : (**يثبتان الملك حكمًا للاستيلاد**) ش : فإنه سقط الإحصان بهذا الوطء ، ولو كان في الملك لما سقط وحد قاذفه م : (**كما في الجارية المشتركة**) ش : فإنه إذا استولدها أحدهما، وادعى ولده فإنه يثبت نسبه، ويجب عليه نصف العقر م : (**وحكم الشيء يعقبه**) ش : لأن الأثر بعد المؤثر ، وحكم الشيء الأثر الثابت به فالملك،أو شبهة الملك،ألا ترى أن هذا الوطء يثبت الإحصان بالإجماع، حتى لو قذفه إنسان يجب على قاذفه حد القذف، وعليه شمس الأئمة السرخسي .

أما في الجارية المشتركة الملك موجود قبل الوطء ، فلا يحتاج إلى تقديم التمليك لصحة الاستيلاد ، ولكن ملكه ناقص، فيجب نصف العقر بمصادفة الوطء لملك الغير من وجه .

فإن قيل : من العجب أن الجارية لو كانت مشتركة بين الأب والابن وولدت وادعاه الأب يثبت النسب ويجب العقر إجماعًا ، قلنا : العقر لأن الوطء فيما نحن فيه صادف المحل الخالي عن الملك وشبهه فلا يحتاج إلى إثبات الملك في الكل ، فيجب نصف العقر ، كما في المشتركة بين الوطء وبين أجنبي ، كذا في « جامع المحبوبي» .

م : (**والمسألة معروفة**) ش : أي في «الجامع الصغير» وغيره . م : (**قال : ولو كان الابن زوجها أباه فولدت منه**) ش : أي من الأب م : (**لم تصر أم ولد له**) ش : أي للأب م : (**ولا قيمة عليه ، وعليه**) ش : أي للأب م : (**المهر ،وولدها حر ؛ لأنه صح التزويج عندنا خلافًا للشافعي**) ش : فعنده لا يجوز تزويجه جارية الابن ؛ لأن للأب حق الملك في مال ولده ، حتى لو وطىء جاريته عالمًا بحرمتها عليه لم يلزمه الحد ، وكل من له حق الملك في جارية لا يجوز تزويجه إياها ، كالمولى إذا تزوج أمة من كسب مكاتبه ؛ لأن حق الملك من مال ولده ظاهر ، ألا ترى أن استيلاده في جارية ابنه صحيح ، واستيلاد المولى أمة مكاتبه غير صحيح . ولنا ما ذكره المصنف بقوله : م : (**لخلوها**) ش : أي لخلو الجارية م : (**عن ملك الأب ، ألا ترى أن الابن ملكها من كل**

وجه ، فمن المحال أن يملكها الأب من وجه ، وكذا يملك من التصرفات ما لا يبقى معها ملك الأب لو كان ، فدل ذلك على انتفاء ملكه ، إلا أنه يسقط الحد للشبهة ، فإذا جاز النكاح صار ماؤه مصونًا ، فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير أم ولد له ، ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها ؛ لأنه لم يملكهما ، وعليه المهر ؛ لالتزامه بالنكاح ، وولدها حر ؛ لأنه ملكه أخوه فيعتق عليه بالقرابة .

وجه) ش : بدلالة حل الوطء ونفاذ الإعتاق م : (**فمن المحال أن يملكها الأب من وجه**) ش : لأن الجمع بين الملكين لشخصين في محل واحد ، في زمان واحد ممتنع ، ولو كان للأب فيها حق ملك لم يحل للابن وطئها كالمكاتب لا يحل له وطء أمته .

م : (**وكذلك يملك الابن من التصرفات**) ش : كالوطء والبيع والتزويج والهبة والإعتاق والاجارة وغيرها م : (**ما لا يبقى معها**) ش : أي مع هذه التصرفات م : (**ملك الأب لو كان**) ش: أي ملك الأب م : (**فدل ذلك على انتفاء ملكه**) ش : أي ملك الأب م : (**إلا أنه يسقط الحد**) ش: هذا جواب عما يقال من جهة الخصم ، يعني ينبغي أن يجب الحد بالوطء ، ثم يثبت للأب حق الملك ، فأجاب بقوله : إلا أنه يسقط الحد عن الأب م : (**للشبهة**) ش : أي لشبهة الملك بظاهر الحديث : « أنت ومالك لأبيك » .

م : (**فإذا جاز النكاح صار ماؤه مصونًا به**) ش : أي النكاح م : (**فلم يثبت ملك اليمين**) ش : لعدم الحاجة إليه م : (**فلا تصير أم ولد له**) ش : لأنه لو استولدها فيجوز ، صارت أم ولد له ، فبالنكاح أي شبهة النكاح أولى أن تصير أم ولد له ، لأنه لو استولدها فلا يحتاج إلى ملك اليمين لم يكن إثباته إلا لصيانة الماء م : (**ولا قيمة عليه فيها**) ش : أي ولا قيمة واجبة على الأب في الجارية م : (**ولا في ولدها**) ش : أي ولا عليه قيمته في ولد الجارية .

م : (**لأنه**) ش : أي لأن الأب م : (**لم يملكهما**) ش : أي لم يملك الجارية والابن م : (**وعليه المهر لالتزامه**) ش : أي لالتزام الأب م : (**بالنكاح**) ش : أي بسبب النكاح التزام المهر م : (**وولدها حر لأنه ملكه أخوه ، فيعتق عليه**) ش : وبه قال مالك ، وقال الشافعي : لا عتق في ملك غير الوالدين والمولودين ، على ما يجيء في الإعتاق .

وعن حميد الدين الضرير : فيه اختلاف عند البعض يعتق قبل الانفصال ، وثمرته تظهر في الإرث ، حتى لو مات المولى وهو الابن يرث الولد على قول من قال : يعتق قبل الانفصال ، وعلى قول من قال : لا يعتق قبل الانفصال لا يرث .

وأما إذا مات المولى ، لأن الرق مانع من الإرث ، قيل : الوجه هو الأول ، لأن الولد حدث على ملك الأخ من حيث العلوق ، فلما ملكه عتق عليه م : (**بالقرابة**) ش : بالحديث .

قال : وإذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه: أعتقه عني بألف ففعل فسد النكاح . وقال زفر - رحمه الله- : لا يفسد ، وأصله أنه يقع العتق عن الآمر عندنا ، حتى يكون الولاء له . ولو نوى به الكفارة يخرج عن العهدة ، وعنده يقع عن المأمور؛ لأنه طلب أن يعتق المأمور عبده عنه ، وهذا محال ؛ لأنه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم، فلم يصح الطلب ، فيقع العتق عن المأمور . ولنا أنه أمكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء ، إذ الملك شرط لصحة العتق عنه ، فيصير قوله «أعتق» طلب التمليك منه بالألف، ثم أمره بإعتاق عبد الآمر عنه ، وقوله «أعتقت» تمليكاً منه، ثم الإعتاق عنه ، وإذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين .

م : (قال) ش : محمد في «الجامع الصغير» : م : (وإذا كانت الحرة تحت عبد ، فقالت لمولاه : أعتقه عني بألف ففعل) ش : أي ما قالته م : (فسد النكاح) ش : أي انفسخ ، وبه قال الشافعي ، وللمولى على الزوجة ألف .

م : (وقال زفر: لا يفسد وأصله) ش : أي أصل هذا الخلاف م : (أنه يقع العتق عن الآمر عندنا حتى يكون الولاء له ، ولو نوى به الكفارة) ش : أي ولو نوى بعتقه الكفارة التي عليه ، أي كفارة كانت م : (يخرج عن العهدة ، وعنده) ش : أي عند زفر م : (يقع عن المأمور ، لأنه طلب أن يعتق المأمور عبده عنده ، وهذا محال؛ لأنه لا عتق فيما لا يملكه ، ابن آدم فلم يصح الطلب، فيقع العتق عن المأمور) ش : أي لم يصح طلب العتق عن الآمر ، فوقع عن المأمور .

م : (ولنا أنه) ش : أي أن الشأن م : (أمكن تصحيحه) ش : أي تصحيح طلب الإعتاق منه م : (بتقديم الملك بطريق الاقتضاء) ش : وهو جعل غير المنطوق منطوقًا بصحة المنطوق ، وزفر لا يقول بالاقتضاء م : (إذ الملك شرط لصحة العتق عنه ، فيصير قوله : «أعتق» طلب التمليك منه بالألف، ثم أمره بإعتاق عبد الآمر عنه) ش : فيصير كأنه قال : العبد الذي كان لك الآن ملك لي بألف وأعتقه عني .

فإن قيل : كيف يصح هذا ولو صرح به بأن قال: ملكه عبدك عني ، ثم كن وكيلاً بالإعتاق لا يصح ؟ قلنا : كم من شيء يثبت ضمنًا ولا يثبت قصداً .

م : (وقوله : أعتقت تمليكًا منه) ش : أي من المولى ، وهو المأمور م : (منه) ش : أي من الآمر م : (ثم الإعتاق عنه) ش : بالنصب على أنه خبر صار أي من المولى ، ثم يصير قول المأمور : أعتقت إعتاقًا عن الآمر م : (وإذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين) ش : أي بين ملك الرقبة وملك المتعة ، قال الأترازي : وقال الكاكي : بين ملك اليمين وملك النكاح .

فإن قيل : ينبغي أن لا يفسد النكاح ؛ لأن الملك ثبت ضرورة العتق وما يثبت بالضرورة يتقدر بقدرها ، والضرورة في ثبوت العتق عن الأمر ، لا في فساد النكاح .

ولو قالت : أعتقه عني ولم تسم مالاً لم يفسد النكاح، والولاء للمعتق ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله . وقال أبو يوسف -رحمه الله- : هذا والأول سواء ؛ لأنه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحاً لتصرفه ، ويسقط اعتبار القبض ، كما إذا كان عليه كفارة ظهار ، فأمر غيره أن يطعم عنه . ولهما أن الهبة من شرطها القبض بالنص ، فلا يمكن إسقاطه ، ولا إثباته

قلنا : الشيء إنما ثبت بلوازمه ، وضروراته من لوازم ثبوت الملك العاري عن تعلق حق الغير به فساد النكاح .

فإن قيل : أليس أنه إذا قال لعبده : كفر يمينك بالمال عنه لايعتق ، فينبغي أن يثبت عتقه اقتضاء ؛ لأنه لا يتمكن من التكفير بالمال إلا بالعتق .

قلنا : الحرية لا تصلح أن تثبت اقتضاء ؛ لأن الثابت بالاقتضاء ثابت بالحرية ، يصير أهلاً للتكفير بالمال ، فكانت الحرية أصلاً فلا تثبت اقتضاء . م : (**ولو قالت: أعتقه عني، ولم تسم مالاً لا يفسد النكاح**) ش : يعني لو قالت الحرة المذكورة لمولى العبد : أعتقه عني ولم تذكر مالاً لا يفسد النكاح .

م : (**والولاء للمعتق**) ش : وتسقط الكفالة عنه إذا نوى ، ولا يلزم الإلف .

وقال زفر : يقع العتق عن المأمور ، حتى يكون الولاء له ، وتسقط الكفارة عنه إذا نوى ، ولا يلزم الإلف على الأمر م : (**وهذا**) ش : الحكم المذكور م : (**عند أبي حنيفة ،ومحمد وقال أبو يوسف : هذا والأول سواء**) ش : أي عدم ذكر المبدل مع ذكر البدل سواء ، يعني يقع العتق عن الأمر في الصورتين عند أبي يوسف .

وبه قال الشافعي م : (**لأنه**) ش : أي لأن أبا يوسف -رحمه الله تعالى - م : (**يقدم التمليك بغير عوض**) ش : يعني بطريق الهبة م : (**تصحيحًا لتصرفه**) ش : أي لتصرف الآمر ، لما أن تصحيح كلام العاقل واجب مهما أمكن ، وقد أمكن هنا بقوله : م : (**ويسقط اعتبار القبض**) ش : لأنه شرط ، وقد أمكن ذلك بإسقاط القبول الذي هو ركن فلا يملك بإسقاط الشرط أولى فكان م : (**كما إذا كان عليه كفارة ظهار ، فأمر غيره أن يطعم عنه**) ش : يعني إذا أمر المظاهر غيره، وقال: أطعم عني ستين مسكينًا ، ففعل المأمور يقع الإطعام عن الآمر ، وإن لم يوجد القبض .

م : (**ولهما**) ش : أي لأبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله تعالى- م : (**أن الهبة من شرطها القبض بالنص**) ش : وهو قوله عليه السلام : «لا تصح الهبة إلا مقبوضة» م : (**فلا يمكن إسقاطه**) ش : جواب عن قول أبي يوسف : إن القبض شرط ، فيسقط تبعًا كالركن ، فأجاب بقوله : م : (**فلا يمكن إسقاطه**) ش : جواب عن قول أبي يوسف م : (**ولا إثباته**) ش : أي إثبات القبض م :

اقتضاء ؛ لأنه فعل حسي ، بخلاف البيع ؛ لأنه تصرف شرعي ، وفي تلك المسألة الفقير ينوب عن الآمر في القبض . فأما العبد فلا يقع في يده شيء لينوب عنه .

(**تبعًا له ، لأنه فعل حسي**) ش : يعني ليس من جنس القولي ، فلا يتضمن الشيء أقوى منه م : (**بخلاف البيع لأنه تصرف شرعي**) ش : يعني الإيجاب والقبول قولي فجاز أن يتضمنه القول ، وهو قوله : أعتق عبدك عني بألف ، مع أن الركن في البيع يحتمل السقوط ، كما في التعاطي .

فإن قيل : لو قال الآخر : أعتق عبدك عني بألف رطل من خمر ففعل فإنه يصح ، ويعتق عنه ، وإن لم يوجد القبض ، والبيع الفاسد كالهبة في اشتراط القبض .

قلنا : قد ذكر الكرخي أن العتق يقع على المأمور هنا على قولهما ، والمذكور قول أبي يوسف ، ولئن سلم فالبيع الفاسد ملحق بالصحيح ، ويأخذ الحكم منه ، فاحتمل سقوط القبض كالصحيح ، لأن حكمه يعرف في الصحيح .

م : (**وفي تلك المسألة**) ش : أي مسألة الكفارة م : (**الفقير ينوب عن الآمر في القبض ، فأما العبد فلا يقع في يده شيء**) ش : بالإعتاق ، لأن الإعتاق إزالة الملك وإتلاف المالية ، ولا يقع في يده شيء م : (**لينوب عنه**) ش : أي لينوب عن العبدين الآمر .

* * *

باب نكاح أهل الشرك

وإذا تزوج الكافر بغير شهود، أو في عدة كافر آخر ، وذلك في دينهم جائز ، ثم أسلما؛ أقرا عليه، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله- وقال زفر -رحمه الله- : النكاح فاسد في الوجهين ، إلا أنه لا يتعرض لهم قبل الإسلام، والمرافعة إلى الحكام .

م : (باب نكاح أهل الشرك)

ش : أي هذا باب في بيان نكاح أهل الشرك ، وهم الذين لا كتاب لهم . م : (**وإذا تزوج الكافر بغير شهود، أو في عدة كافر آخر، وذلك**) ش : أي التزوج بغير شهود، أو في عدة الكافر م : (**في دينهم جائز ، ثم أسلما أقرا**) ش : على صيغة المجهول م : (**عليه**) ش : أي على نكاحهما المذكور ، قيد بعدة كافر ، لأنه لو كان في عدة مسلم كان التزوج فاسدًا بالإجماع ، كذا قالوا، وفيه نظر ؛ لأن كلامنا في أهل الشرك ، ولا يجوز للمسلم نكاح المشركة ، حتى يكون في عدة، كذا قاله الأكمل ، ثم قال : ويجوز أن تصور بأن أشركت بعد الطلاق -والعياذ بالله تعالى- في عدة المسلم .

م : (وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله -) ش : قال الأترازي : إنما قال : وهذا عند أبي حنيفة ، ولم يقل : ابتداء عند أبي حنيفة بدون ذكر هذا ، لأن مسألة القدوري ليس فيها ذكر الخلاف ، فقال صاحب «الهداية» : وهذا عند أبي حنيفة كشفًا لموضع الخلاف ، ولكن من حق المسألة أن يصفها في الفصل المتقدم على باب الرقيق ؛ لأن ذلك الفصل هو المشتمل على نكاح الذمي .

وقد أراد بالكافر ها هنا الذمي ، بدليل ما ذكره في بيان الدليل ، وإنما لا يتعرض بهم لذمتهم، والمشرك لا ذمة له ، ولأنه قال : إن حرمة نكاح المعتدة مجمع عليه ، فكانوا ملتزمين لها ، والمشرك لا يلتزم أحكامنا أصلاً ، فعلم أن المراد من الكافر المذكور في المسألة المذكورة هو الذمي ، وكان ينبغي أن يذكره في بابه ، لا في باب المشرك الذي لا كتاب له ، انتهى .

قلت : فعلى هذا لا مطابقة بين ترجمة هذا الباب وباب نكاح أهل الشرك، وبين المسألة التي صدر بها الكتاب .

م : (**وقال زفر : النكاح فاسد في الوجهين**) ش : أي في النكاح بغير شهود ، وفي النكاح في عدة الكافر م : (**إلا أنه لا يتعرض لهم قبل الإسلام ، والمرافعة**) ش : أي وقبل المرافعة م : (**إلى الحكام**) ش : إنما يتعرض لهم إعراضًا عنهم ، لا تقربوا على صنعهم الفاحش القبيح ، وترك التعرض لا يدل على الحرمة ، كما في عبادة الأوثان والنيران ، فإذا أسلموا ، أو ترافعوا إلينا وجب التفريق دفعًا للحرمة القائمة .

وقال أبو يوسف ، ومحمد -رحمهما الله- في الوجه الأول كما قال أبو حنيفة -رحمه الله- ، وفي الوجه الثاني : كما قال زفر -رحمه الله-. له أن الخطابات عامة على ما مر من قبل ، فتلزمهم ، وإنما لا يتعرض لهم لذمتهم إعراضاً ، لا تقريراً . فإذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق . ولهما أن حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها، فكانوا ملتزمين لها . وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها ، ولم يلتزموا أحكامنا بجميع الاختلافات . ولأبي حنيفة -رحمه الله- أن الحرمة لا يمكن إثباتها حقاً للشرع ؛ لأنهم لا يخاطبون بحقوقه،

م : (وقال أبو يوسف ومحمد في الوجه الأول) ش : أي في النكاح بغير شهود م : (كما قال أبو حنيفة ، وفي الوجه الثاني) ش : أي في النكاح في عدة الكافر م : (كما قال زفر) ش : وبه قال الشافعي وأحمد م : (له) ش : أي لزفر م : (أن الخطابات عامة) ش : مثل قوله تعالى : ﴿ ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ﴾ (البقرة : الآية ٢٣٥) .

وقوله تعالى : ﴿ وان احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم ﴾ (المائدة : الآية ٤٩) .

وقوله عليه السلام: « لا نكاح إلا بشهود »[1] م : (على ما مر من قبل) ش : إشارة إلى ما قال في أول الفصل ، الذي فيه تزويج النصراني بقوله : وهذا الشرع وقع عامًا ، فثبت الحكم على العموم ، م : (فتلزمهم) ش : أي الخطابات ، أي مقتضاها يلزمهم .

م : (وإنما لا يتعرض لهم لذمتهم) ش : أي لأجل كونهم التزموا عقد الذمة م : (إعراضًا) ش : عنهم م : (لا تقريرًا) ش : على فعلهم الباطل م : (فإذا ترافعوا) ش : إلى الحكام م : (أو أسلموا، والحرمة قائمة) ش : أي ثابتة ، والجملة حالية م : (وجب التفريق) ش : بين من كان منهم من الأزواج والزوجات .

م : (ولهما) ش : أي لأبي يوسف ومحمد م : (أن حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها) ش : أي معتدة الغير أجمعوا على حرمتها ، سواء كان الغير مسلمًا أو كافرًا م : (فكانوا ملتزمين لها) ش : أي خلافًا باطلاً في حقهم أيضًا ؛ لأنهم أتباع لنا ، ولكننا لا نتعرض بعقد الذمة ، فلما ترافعا ، أو أسلما وجب الحكم بما هو حكم الإسلام .

م : (وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها) ش : بين العلماء ؛ فإن مالكاً وابن أبي ليلى وعثمان يجوزونه م : (ولم يلتزموا أحكامنا بجميع الاختلافات) ش : ولكن عدم تعرضنا لأجل عقد الذمة م : (ولأبي حنيفة -رحمه الله- أن الحرمة لا يمكن إثباتها حقًا للشرع ؛ لأنهم لا يخاطبون بحقوقه) ش : أي بحقوق الشرع ، ولهذا لا يتعرض لهم في الخمر والخنزير ، بخلاف الربا ؛

---

(١) صحيح :بغير هذا اللفظ .

ولا وجه إلى إيجاب العدة حقاً للزوج ؛ لأنه لا يعتقده ، بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم ؛ لأنه يعتقده، وإذا صح النكاح فحالة المرافعة ، والإسلام حالة البقاء ، والشهادة ليست شرطاً فيها، وكذا العدة لا تنافيها كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة. فإذا تزوج المجوسي أمه ، أو ابنته ثم أسلما فرق بينهما ؛ لأن نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا في المعتدة ، ووجب التعرض بالإسلام فيفرقا ،

لأنه مستثنى بقوله عليه السلام : « **إلا من أربى ، فليس بيننا وبينه عهد** »[1] .

م : (**ولا وجه إلى إيجاب العدة حقًا للزوج ؛ لأنه**) ش : أي لأن الزوج م : (**لا يعتقده**) ش : أي لا يعتقد وجوب العدة م : (**بخلاف ما إذا كانت**) ش : أي الذمية م : (**تحت مسلم لأنه**) ش : أي لأن المسلم م : (**يعتقده**) ش : أي يعتقد وجوب العدة .

م : (**وإذا صح النكاح**) ش : بينهما م : (**فحالة المرافعة**) ش : إلى الحاكم م : (**والإسلام**) ش: وقوله : فحالة المرافعة مرفوع بالابتداء وقوله : م : (**حالة البقاء**) ش : خبره م : (**والشهادة ليست شرطًا فيها**) ش : أي في حالة البقاء ، ولهذا لو مات الشهود لم يبطل النكاح م : (**وكذا العدة لا تنافيها**) ش : أي لا تنافي حالة البقاء م : (**كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة**) ش : يجب عليها العدة صيانة لحق الوطء ، ولا يبطل النكاح القائم .

م : (**فإذا تزوج المجوسي أمه ، أو ابنته ، ثم أسلما فرق بينهما**) ش : بإجماع الأئمة الأربعة م : (**لأن نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما**) ش : أي عند أبي يوسف ومحمد ، لأن الخطاب بحرمة هذه الأنكحة شائع في ديارنا ، وهم من أهل دارنا ، فثبت الخطاب في حقهم ، إذ ليس في وسع المتتبع التبليغ إلى الكل ، بل في وسعه جعل الخطاب شائعًا ، فيجعل شيوع الخطاب كالوصول إليهم، ألا ترى أنهم لا يتوارثون بهذه الأنكحة .

فلو كان صحيحاً في حقهم لتوارثوا م : (**كما ذكرنا في المعتدة**) ش : أشار إلى ما ذكر في المسألة المتقدمة بقوله : ولهذا أن حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها ، فكانوا ملتزمين .

م : (**ووجب التعرض بالإسلام فيفرقا**) ش : لأن الإسلام ينافيه ، ولما أسلما دخلا في حكم الإسلام فيفرق بينهما ، وفي «العناية» : إذا أسلم أحدهما فرق بينهما القاضي سواء وجد الترافع ، أو لم يوجد .

وقال محمد : إذا وجد الرفع من أحدهما يفرق ، وإلا فلا ، على ما يجيء الآن، وفي «المبسوط» : لو تزوج الذمي محرمه لا يتعرض له ، وإن علم القاضي ما لم يرافعا إليه إلا في

---

(١) قال الحافظ الزيلعي : غريب .

وعنده له حكم الصحة في الصحيح، إلا أن المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق ، بخلاف العدة؛ لأنها لا تنافيه ، ثم بإسلام أحدهما يفرق بينهما ، وبمرافعة أحدهما لا يفرق عنده ، خلافاً لهما . والفرق أن استحقاق أحدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه ، إذ لا يتغير به اعتقاده ، أما اعتقاد المصر بالكفر لا يعارض إسلام المسلم ، لأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه ،

قول أبي يوسف الآخر أنه يفرق بينهما إذا علم ذلك ، لما روي أن عمر -رضي الله تعالى عنه- كتب إلى عماله أن فرقوا بين المجوس ومحارمهم .

قلنا : هذا غير مشهور ، وإنما المشهور ما كتب عمر بن عبد العزيز -رضي الله تعالى عنه- إلى الحسن البصري قال : ما بال الخلفاء الراشدون تركوا أهل الذمة ، وما هم عليه من نكاح المحارم ، وإفشاء الخمور والخنازير ، فكتب إليه إنما بذلوا الجزية ليتركوا ما يعتقدون ، وإنما أنت متبع ، ولست بمبتدع والسلام ، ولأن الولاة والقضاء من ذلك الوقت إلى يومنا هذا لم يشتغل أحد منهم بذلك ، مع علمهم بمباشرتهم ذلك، فحل محل الإجماع .

م : (**وعنده**) ش : أي عند أبي حنيفة -رحمه الله- م : (**له حكم الصحة**) ش : أي لنكاح المحارم حكم الصحة م : (**في الصحيح**) ش : احترز به عن قول مشايخ العراق : إن حكم البطلان في حقهم كقول أبي يوسف ومحمد ، فلا يتعرض لهم لعقد الذمة . وجه الصحيح : أن الخطاب في حقهم كأنه غير نازل ؛ لأنهم يكذبون المبلغ ، ويزعمون عدم رسالته، وولاية الإلزام بالسيف والمحاجة ، وقد انقطعت بعقد الذمة وقصر حكم الخطاب عنهم، وشيوع الخطاب إليهم إنما يعتبر في حق من يعتقد رسالة المبلغ ، فإذا اعتقدها بالإسلام ظهر حكم الخطاب .

م : (**إلا أن المحرمية**) ش : جواب عن هذا التشكيك، ووجها المحرمية م : (**تنافي بقاء النكاح فيفرق**) ش : بينهما كما لو اعترضت المحرمية على نكاح المسلمين برضاع أو مصاهرة م : (**بخلاف العدة ؛ لأنها لا تنافيه**) ش : أي لأن العدة لا تنافي بقاء النكاح م : (**ثم بإسلام أحدهما يفرق بينهما**) ش : بالاتفاق م : (**وبمرافعة أحدهما لا يفرق عنده**) ش : أي لا يفرق بينهما عند أبي حنيفة م : (**خلافًا لهما**) ش : أي لأبي يوسف ومحمد ، وقد مر الكلام فيه عن قريب .

م : (**والفرق**) ش : يعني بين التفريق بإسلام أحدهما ، وعدم التفريق بمرافعة أحدهما م : (**أن استحقاق أحدهما**) ش : بواجب النكاح وحقوقه م : (**لا يبطل بمرافعة صاحبه ، إذا لا يتغير به اعتقاده**) ش : يعني اعتقاده بمرافعة صاحبه ، وهذا المعنى موجود فيما إذا أسلم أحدهما أيضًا، لكن يترجح الإسلام ، فيفرق بينهما بإسلام أحدهما ، وهو معنى قوله : م : (**أما اعتقاد المصر**) ش : على دينه الباطل م : (**لا يعارض إسلام المسلم؛لأن الاسلام يعلو**) ش : على كل شيء م : (**ولا يعلى**) ش : أي لا يعلى م : (**عليه**) ش : شيء ، فلا يعارضه إصرار الآخر على دينه .

ولو ترافعا يفرق بالإجماع ، لأن مرافعتهما كتحكيمهما .ولا يجوز أن يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة ؛ لأنه مستحق للقتل ، والإمهال ضرورة التأمل ، والنكاح يشغله عنه ، فلا يشرع في حقه ، وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ، ولا كافر ؛ لأنها محبوسة للتأمل وخدمة الزوج تشغلها عنه، ولأنه لا ينتظم بينهما المصالح ، والنكاح ما شرع لعينه ، بل لمصالحه . فإن كان أحد الزوجين مسلماً فالولد على دينه،

م : (**ولو ترافعا**) ش : يعني ترافع كلاهما إلى الحاكم م : (**يفرق بينهما بالإجماع؛ لأن مرافعتهما كتحكيمهما**) ش : يعني إذا حكما رجلاً وطلبا منه حكم الإسلام له أن يفرق بينهما ، فالقاضي أولى بذلك لعموم ولايته .

م : (**ولا يجوز أن يتزوج المرتد مسلمة، ولا كافرة ولا مرتدة ؛ لأنه مستحق للقتل**) ش : أي لأن المرتد مستحق للقتل بنفس الردة ، لقوله عليه السلام : «**من غير دينه فاقتلوه**» ، فلا ينتظم نكاحه مصالحة من السكن والازدواج والتناسل ؛ لأن ذلك للبقاء ، وهو مستحق للقتل ، فصار كالميت .

فإن قيل : يرد عليه مستحق القتل قصاصًا ، فإنه يجوز له التزوج .

قلت : العفو مندوب إليه فيه ، بخلاف المرتد ؛ لأنه لايرجع غالبًا ، إذ قد نزل بعد اطلاعه على محاسن الإسلام ، فيكون ارتداده عن شبهة قوية عنده .وقال السروجي : يرد عليه ما لو قال لأجنبية : إن تزوجتك فأنت طالق ثلاثًا ، فإن هذا النكاح غير مستقر ، ولا تنتظم به المصالح ، لأنه يقع به الطلاق الثلاث عقيب النكاح، وثبوت النسب مشترك ، وقال الكاكي : ولا يقال : مشركو العرب لا ملة لهم، فإنه لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف ، وقد صحت المنكاحه فيما بينهم، لأنا نقول : لهم ملة ، لأنا نعني بالملة دينًا يعتقد الكافر صحته ، ولم يكن أقر ببطلانه وقد وجب الحد فيهم .

م : (**والإمهال لضرورة التأمل**) ش : هذا جواب سؤال ، وهو أن يقال : ينبغي أن لا يمهل المرتد ، لأنه مستحق للقتل ، فأجاب بقوله : والإمهال أي إمهال المرتد ثلاثة أيام لضرورة التأمل، ليتأمل فيما عرض له من الشبهة ففيما وراء ذلك جعل كأنه لا حياة له حكمًا م :(**والنكاح يشغله عنه**) ش : أي عن التأمل م : (**فلا يشرع في حقه ، وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر ؛ لأنها محبوسة للتأمل وخدمة الزوج تشغلها عنه ؛ ولأنه لا ينتظم بينهما المصالح ، والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه**) ش : أي لمصالح النكاح من السكن ، والازدواج، والتناسل ، والتوالد، فإذا فاتت المصالح بالردة لم يشرع أصلاً .

م : (**فإن كان أحد الزوجين مسلمًا فالولد على دينه**) ش : أي على دين الإسلام بإجماع الأئمة الأربعة ، ولا يتصور فيما إذا كان الزوج كافراً والمرأة مسلمة ، بل هذا في حالة البقاء ،

وكذلك إن أسلم أحدهما وله ولد صغير صار ولده مسلماً بإسلامه ؛ لأن في جعله تبعاً له نظراً إليه . ولو كان أحدهما كتابياً ، والآخر مجوسياً فالولد كتابي ؛ لأن فيه نوع نظر له ، إذ المجوسية شر. والشافعي -رحمه الله- يخالفنا فيه للتعارض ، ونحن بينا الترجيح

وإن أسلمت المرأة ، ولم يعرض الإسلام على زوجها فولدت قبل العرض م : (**وكذلك إن أسلم أحدهما**) ش : أي أحد الزوجين م : (**وله ولد صغير**) ش : الواو فيه للحال م : (**صار ولده مسلمًا بإسلامه**) ش : أي بإسلام أحد الزوجين م : (**لأن في جعله تبعًا له**) ش : أي لأن جعل الصغير تبعًا للذي أسلم منهما م : (**نظرًا إليه**) ش : أي للصغير ، أي نظر يكون أعظم من الإسلام .

وفي «الينابيع» : يريد به إذا كان الصغير مع من أسلم في دار واحدة ، وإن كان الصغير في دار الإسلام ، ومن أسلم منهما في دار الحرب ، وإن كان في دار الإسلام والصغير في دار الحرب لا يصير مسلمًا .

م : (**ولو كان أحدهما كتابيًا**) ش : أي ولو كان أحد الزوجين من أهل الكتاب م : (**والآخر مجوسيًا**) ش : أو وثنيًا ، والحاصل أن الآخر ليس من أهل الكتاب م : (**فالولد كتابي**) ش : حتى يجوز للمسلم مناكحته وتحل ذبيحته ؛ م : (**لأن فيه نوع نظر له**) ش : لأن في جعل الصغير كتابيًا نوع نظر له م : (**إذ المجوسية شر**) ش : من الكتابية م : (**والشافعي يخالفنا فيه**) ش : أي في جعل الولد تبعاً للكتابي م : (**للتعارض**) ش : لأن جعله تبعًا للكتابي يوجب حل الذبيحة والنكاح ، وجعله تبعًا للمجوسي لا يوجب ذلك ، فوقع التعارض ، إذ الكفر كله ملة واحدة ، والترجيح للمحرم م : (**ونحن بينا الترجيح**) ش : وهو قوله : لأن فيه نظرًا له من حيث حل الذبيحة وجواز النكاح .

فإن قلت : على ما ذكرت كل واحد منا ومن الخصم ذهب إلى نوع ترجيح ، فمن أين تقوم الحجة ؟

قلت : ترجيحنا بدفع التعارض ، وترجيحه بدفعه بعد وقوعه ، والدفع أولى من الرفع ، لأن حكم من دافع لا يرفع . ثم اعلم أن للشافعي فيما إذا كان الأب كتابيًا قولان :

أحدهما : أنه تبع له حتى يحل ذبيحته، ومناكحته ، وبه قال أحمد تغليبًا للتحريم .

ولو كانت الأم كتابية، والأب مجوسيًا يجعل تبعًا له قولا واحدًا ، حتى لا تحل منكاحته وذبيحته ، وبه قال ، وفي «الرافعي» : يتبع الأب إذا كان مجوسيًا ، وإن كانت الأم مجوسية قولان : وفي «البسيط» : في المتولد بين اليهودي والمجوسي قولان : أحدهما التحريم ، والثاني هو الأصح : النظر إلى الأب ، وتغليب جانب النسب .

وفي «الجواهر» : إن أسلم الزوج تقر الكتابية على نكاحها ، ويعرض إليها الإسلام ، فإذا أبت

وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر عرض القاضي عليه الإسلام ، فإن أسلم فهي امرأته ، وإن أبى فرق بينهما ، وكان ذلك طلاقاً عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- وإن أسلم الزوج وتحته مجوسية عرض عليها الإسلام ، فإن أسلمت فهي امرأته ، وإن أبت فرق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة بينهما طلاقاً . وقال أبو يوسف -رحمه الله- :لا تكون الفرقة طلاقاً في الوجهين، أما العرض فمذهبنا . وقال الشافعي -رحمه الله- : لا يعرض الإسلام ؛ لأن فيه تعرضاً لهم ، وقد ضمنا بعقد الذمة أن لا نتعرض لهم إلا أن ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد، فينقطع بنفس الإسلام

وقعت الفرقة قبل الدخول وبعده ، وقال أشهب : تعجيل الفرقة قبل الدخول ، كقول الشافعي ، وأحمد ، وينتظم فراغ العدة بعده كقولهما ، وإن أسلمت المرأة قبل الزوج وقعت الفرقة قبل الدخول ، وبعده تقف على انقضاء العدة . وفي «التمهيد» قال مالك : إذا أسلم بعد انقضائها في غيبته ، فإن نكحت قبل أن يقدم أوسعها إسلامه فلا سبيل له عليها ، وإن أدركها قبل أن تنكح فهو أحق بها ، وقال ابن قدامة : يعرض عليها الإسلام إن كانت حاضرة ، وإن كانت غائبة تعجلت الفرقة .

وعن أحمد روايتان في اعتبار العدة ، إحداهما : هو أحق قبل انقضاء عدتها ، وفي الأخرى : تعجيل الفرقة ، واختارها الخلال ، وصحبه أبو بكر ، وهو قول طاوس وعكرمة وقتادة والحكم وعمر بن عبد العزيز ، ويروى عن ابن عباس ، وعن علي -رضي الله تعالى عنه- هو أحق إذا أسلم ما دامت في دار هجرتها ، وعن الشافعي هو أحق بها ما دامت في المصر ، وعن إبراهيم يقران على نكاحهما .

م: (**وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر**) ش: الواو فيه للحال ، وأطلق الكفر في قوله كافر لعدم بقاء المسلمة مع الكافر ، أي كافر كان م: (**عرض القاضي عليه الإسلام ، فإن أسلم فهي امرأته ، وإن أبى**) ش: أي الزوج عن الإسلام م: (**فرق بينهما ، وكان ذلك طلاقًا عند أبي حنيفة ، ومحمد**) ش: لا فسخاً ؛ لأنه فات الإمساك بالمعروف من جانبه ، فتعين التسريح بالإحسان ، فإن طلق وإلا فالقاضي نائب منابه .

م: (**وإن أسلم الزوج وتحته مجوسية عرض عليها الإسلام**) ش: وقيد بالمجوسية ؛ لأنها إن كانت كتابية فلا عرض ، ولا تفريق م: (**فإن أسلمت فهي امرأته ، وإذا أبت فرق القاضي بينهما ، ولم تكن الفرقة بينهما طلاقاً . وقال أبو يوسف: لا تكون الفرقة طلاقاً في الوجهين**) ش: أي لا يكون التفريق طلاقًا عنده ، سواء كان بإباء الزوج أو بإباء المرأة ، بل يكون فسخًا ، وفائدته أنه لا ينقص من عدد الطلاق شيء . م: (**أما العرض**) ش: أي عرض الإسلام م: (**فمذهبنا ، وقال الشافعي : لا يعرض الإسلام لأن فيه**) ش: أي لأن في العرض م: (**تعريضًا لهم ، وقد ضمنا بعقد الذمة أن لا نتعرض لهم ، لأن ملك النكاح**) ش: أي غير أن ملك النكاح م: (**قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس الإسلام**

وبعده متأكد ، فيتأجل إلى انقضاء ثلاث حيض ، كما في الطلاق . ولنا أن المقاصد قد فاتت ، فلا بد من سبب تبنى عليه الفرقة ، والإسلام طاعة لا يصلح سببًا لها ، فيعرض الإسلام لتحصل المقاصد ، بالإسلام ، أو تثبت الفرقة بالإباء .وجه قول أبي يوسف -رحمه الله-أن الفرقة بسبب يشترك فيه أحد الزوجان ، فلا تكون طلاقاً كالفرقة بسبب الملك .

وبعده) ش: أي بعد الدخول م: (**متأكد**) ش: فلا يرتفع بنفس اختلاف الدين م: (**فيتأجل**) ش: أي التفريق م: (**إلى انقضاء ثلاث حيض**) ش: قال الشراح قوله : ثلاث حيض ليس بصواب بل الصواب ثلاثة أطهار ؛ لأن العدة عنده بالأطهار ، وقيل : معناه كان الشافعي يقول : ينبغي أن يتأجل عندكم إلى انقضاء ثلاث حيض .

م: (**كما في الطلاق**) ش: يريد أن نفس الطلاق قبل الدخول يرفع النكاح ، وبعده لا يرفع إلا بعد انقضاء العدة ، وبقول الشافعي قال أحمد ، وقال أحمد في رواية: يفسخ النكاح في الحال ، وقال مالك : إن أسلمت الزوجة أولاً فالحكم على ما ذكره الشافعي ، وإن أسلم الزوج أولاً ، فإن أسلمت في الحال يقيما على نكاحهما ، وإلا فسخ نكاحهما .

م: (**ولنا أن المقاصد**) ش: بالنكاح من السكن والازدواج م: (**قد فاتت، فلا بد من سبب تبنى عليه الفرقة ، والإسلام طاعة لا يصلح سببًا لها**) ش: للفرقة م: (**فيعرض الإسلام**) ش: على الزوج م: (**لتحصل المقاصد بالاسلام**) ش: إن أسلم م: (**أو تثبت الفرقة بالإباء**) ش: أي بإباء الزوج عن الإسلام ، أي بامتناعه عنه ومذهبنا مروي عن عمر ، وعلي -رضي الله تعالى عنهما- ، فإن دهقانة في قر الملك أسلمت ، فأمر عمر -رضي الله تعالى عنه- بعرض الإسلام على زوجها ، فقال : إن أسلم ، وإلا فرق بينهما .

ويروى أن دهقاناً أسلم في عهد علي -رضي الله تعالى عنه- فعرض الإسلام على امرأته فأبت ، ففرق بينهما ، كذا في «المبسوط» ، والدهقان : كل سيد من العجم، والذال لغة فيه ، وقهر الملك على طريق الكوفة إلى بغداد وقد طول الأكمل هنا .

حاصله أن سبب الفرقة الإباء عن الإسلام ، لأن الإسلام لا يصح سببًا لما ذكرنا ولا كفر من بقى عليه ، لأنه موجود قبل هذا ، فلم يصلح سببًا إلا الإباء ؛ لأنه صالح بسبب النعم ، وإذا أضيف القول إليه أضيف ما يستلزمه الفوات ، وهو الفرقة ، فكانت الفرقة مضافة إلى الإباء .

ولما فرغ المصنف من البحث مع الشافعي شرع في البحث مع أبي يوسف وهو قوله : م: (**وجه قول أبي يوسف:أن الفرقة بسبب**) ش: وهو الإباء م: (**يشترك فيه الزوجان**) ش: على معنى أنه متحقق من كل منهما م: (**فلا تكون**) ش: أي الفرقة م: (**طلاقًا**) ش: بل تكون فسخًا عند الشافعي بسبب اختلاف الدين ، وذلك متحقق في كل منهما م: (**كالفرقة بسبب الملك**) ش: بأن ملك أحد الزوجين الآخر ، إذ الطلاق لا يتصور منهما، فكل سبب يتصور منهما لا يكون طلاقًا .

ولهما أن بالإباء امتنع عن الإمساك بالمعروف ، مع قدرته عليه بالإسلام ، فينوب القاضي منابه في التسريح ، كما في الجب والعنة . أما المرأة فليست بأهل للطلاق ، فلا ينوب القاضي منابها عند إبائها. ثم إذا فرق القاضي بينهما بإبائها فلها المهر إن كان دخل بها لتأكده بالدخول ، وإن لم يكن دخل بها فلا مهر لها ؛ لأن الفرقة من قبلها ، والمهر لم يتأكد ، فأشبه الردة والمطاوعة ، وإذا أسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر، أو أسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلاث حيض ، ثم تبين من زوجها ، وهذا لأن الإسلام ليس سبباً للفرقة ، والعرض على الإسلام متعذر لقصور الولاية ، ولا بد من الفرقة دفعاً للفساد ،

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة ومحمد م: (**أن بالإباء**) ش: أي إباء الزوج عن الإسلام م: (**امتنع عن الإمساك بالمعروف ، مع قدرته عليه**) ش: أي على الإمساك م: (**فينوب القاضي منابه في التسريح**) ش: بالإحسان م: (**كما في الجب ، والعنة**) ش: أي كما إذا وجدت زوجها مجبوبًا ، وهو مقطوع الذكر والخصيتين ، ووجدته عنينًا ، فإن القاضي يفرق بينهما عند طلب المرأة .

م: (**أما المرأة فليست بأهل للطلاق فلا ينوب القاضي منابها عند إبائها**) ش: لعدم تصور التسريح منها م: (**ثم إذا فرق بينهما بإبائها فلها المهر إن كان دخل بها لتأكده**) ش: أي لتأكد المهر م: (**بالدخول**) ش: فيكون لها كمال المهر م: (**وإن لم يدخل بها فلا مهر لها ، لأن الفرقة من قبلها، والمهر لم يتأكد**) ش: لعدم الدخول م: (**فأشبه الردة**) ش: يعني كما إذا ارتدت قبل الدخول والعياذ بالله م: (**والمطاوعة**) ش: وأشبه المطاوعة أيضًا ، بأن مكنت نفسها من ابن زوجها قبل الدخول ، فلا يجب عليه لها المهر قبل الدخول ، ولا نفقة العدة بعد الدخول .

وقال الأترازي : المطاوعة بفتح الواو لا كسرها ، لأنها مصدر ، أي مطاوعة المرأة ابن زوجها . **قلت**: يجوز كسر الواو أيضًا ، ويكون اسم الفاعل من طاوع ، ويكون المعنى ما يشبه المرأة المطاوعة لابن زوجها في تمكين نفسها منه ، بل هذا الوجه من الفتح لا يخفى على أهل المذاق .

م: (**وإذا أسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر ، أو أسلم الحربي ،وتحته مجوسية لم تقع الفرقة**) ش: بينهما في الصورتين م: (**حتى تحيض ثلاث حيض**) ش: وإن لم تكن ممن تحيض فثلاثة أشهر ، ثم بعد ثلاث حيض ،أو شهور تقع الفرقة، ثم لابد من ثلاث حيض ،أو شهور أخرى للعدة م: (**ثم تبين من زوجها**) ش: أي بعد ثلاث حيض كما ذكرنا .

م: (**وهذا**) ش: أشار به إلى أنه لابد للفرقة من سبب الإسلام ،أو كفر المصر ، واختلاف الدين لا يصلح أن يكون موجبًا للفرقة ، كما مر في المسألة المتقدمة ،وبين ذلك بقوله : م: (**لأن الإسلام عاصم ،والعرض على الإسلام متعذر لقصور الولاية**) ش: لانعدام يد أهل الإسلام عن دار الحرب .

م: (**ولابد من الفرقة دفعًا للفساد**) ش: وهو كون المسلم تحت الكافر . قوله : والعرض على الإسلام متعذر من باب نحو عرضت الناقة على الحوض، والأصل أن يقال : وعرض الإسلام على

فأقمنا شرطها ، وهو مضي الحيض مقام السبب ،كما في حفر البئر. ولا فرق بين المدخول بها ، وغير المدخول بها. والشافعي -رحمه الله- يفصل بينهما ، كما مر له في دار الإسلام . وإذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها ، وإن كانت هي المسلمة فكذلك عند أبي حنيفة -رحمه الله- ، خلافاً لهما ، وسيأتيك إن شاء الله تعالى .

الكافر متعذر ، إلا أنه قلب الكلام لعدم الالتباس ، كما في قولك: أدخلت الخاتم في الأصبع ، والأصل أدخلت الأصبع في الخاتم ، ولما تعذر تقدير السبب أضيف الحكم إلى الشروط ،وهو معنى قوله : م: (**فأقمنا شرطها ، وهو مضي الحيض مقام السبب**) ش: لأن الشرط يضاف إليه الحكم عند تعذر الإضافة إلى العلة والسبب م: (**كما في حفر البئر**) ش: على قارعة الطريق، فإن وقع فيها إنسان فإن الضمان على الحافر، فلا يمكن إضافته إلى العلة والسبب لما عرف ، فأضيف إلى الشرط وهو الحفر. وتحقيق هذا أن علة الوقوع ثقل الواقع، فلا يصلح سببًا لعدم التعدي، لأنه أمر طبيعي لا صنع للواقع فيه ، وسبب الوقوع مشتبه ،فلا يصلح سببًا لإضافة الحكم إليه، لأنه مباح ،فأضيف إلى صاحب الشرط وهو الحافر؛ لأن إزالة سكنة الأرض بالحفر، فإذا كان كذلك ،فوقعت الفرقة لانقضاء مدة العدة ، أعني ثلاث حيض إن كانت ممن تحيض، أو مضي ثلاثة أشهر إن كانت ممن لا تحيض، وبه صرح الكرخي في «مختصره» وذلك لأن الطلاق سبب البينونة ،وانقضاء العدة شرطها .

م: (**ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها ، والشافعي يفصل بينهما**) ش: حيث يقول: إن كان قبل الدخول تقع الفرقة في الحال، وإن كان بعد الدخول يتوقف على انقضاء ثلاث حيض م: (**كما مر له**) ش: أي للشافعي م: (**في دار الإسلام**) ش: من قوله : فإن كان قبل الدخول، بالتفصيل المذكور الآن ، وبقوله قال مالك ،وأحمد.

م: (**وإذا وقعت الفرقة والمرأة حربية**) ش: أي والحال أن المرأة حربية م: (**فلا عدة عليها**) ش: أي على الحربية بالإجماع ، لأن حكم الشرع لا يثبت في حقها ، ذكره في «شرح الطحاوي»، سواء كان قبل الدخول أو بعده م: (**وإن كانت هي**) ش: أي الحربية م: (**المسلمة فكذلك**) ش: لا عدة عليها بعد الدخول م: (**عند أبي حنيفة ، خلافًا لهما**) ش: أي لأبي يوسف، ومحمد، وهذه متعلقة بما قبلها . بيانه أن أحد الزوجين إذا أسلم في دار الحرب تقع الفرقة بانقضاء ثلاث حيض، وبعد ذلك لا تلزم العدة على المرأة ، سواء كانت مدخولاً بها أو لا ، وإن كانت غير حربية، أعني مجوسية أو وثنية ، فلا عدة عليها أيضًا، كما ذكرنا . وإن كانت مسلمة فلا عدة عليها عند أبي حنيفة ، لأنه لا يوجب العدة على المسلمة من الحربي ، وأصل المسألة في المهاجرة إلى دار الإسلام، فإنها إذا هاجرت إلينا مسلمة أو ذمية لم يلزمها العدة في قول أبي حنيفة ، إلا أن تكون حاملاً ، فحينئذ لا تتزوج حتى تضع حملها . م: (**وسيأتيك بيانه إن شاء الله تعالى**) ش: أي في مسألة المهاجرة . قال الأترازي: بعد ثلاثة عشر خطأ ، وقال الكاكي في باب العدة : والأول هو الأصوب.

وإذا أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما ، لأنه يصح النكاح بينهما ابتداء ، فلأن يبقى أولى . قال وإذا خرج أحد الزوجين إلينا من دار الحرب مسلماً وقعت البينونة بينهما . وقال الشافعي : لا تقع . ولو سبي أحد الزوجين وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق، وإن سبيا معًا لم تقع الفرقة . وقال الشافعي- رحمه الله-: وقعت فالحاصل أن السبب هو التباين دون السبي عندنا ، وهو يقول بعكسه له أن التباين أثره في انقطاع الولاية ، وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن ، أما السبي فيقتضي الصفاء للسابي ، ولا يتحقق إلا بانقطاع النكاح ،

م: (**وإذا أسلم زوج الكتابية ، فهما على نكاحهما ؛ لأنه يصح بينهما النكاح ابتداء، فلأن يبقى أولى**) ش: لأن البقاء أسهل من الابتداء ، فكم من شيء يتحمل من النكاح حالة البقاء، وإن لم يتحمل في الابتداء ، ألا ترى أن المنكوحة إذا وطئت بشبهة يعتد له، وتبقى منكوحة ، ولا يجوز نكاح المعتدة من وطء بشبهة ابتداء .

م: (**وإذا خرج أحد الزوجين إلينا**) ش: وفي بعض النسخ م: (**قال : وإذا خرج**) ش: أي قال القدوري : وإذا خرج أحد الزوجين م: (**إلينا**) ش: أي إلى دار الإسلام م: (**من دار الحرب**) ش: حال كونه م: (**مسلمًا**) ش:،غير مراغم ، حتى إذا خرج مراغمًا تقع الفرقة بالإجماع ، **أما عندنا فلتباين** الدارين ، وأما عنده في الرغم و القهر، كزوجته كذا في «مبسوط البزدوي» م: (**وقعت البينونة بينهما . وقال الشافعي : لا تقع**) ش: وقال شمس الأئمة السرخسي : ويستوي في وقوع الفرقة بتباين الدارين أن يخرج أحدهما مسلمًا ،أو ذميًا ،أو خرج مستأمنًا، ثم أسلم،أو صار ذميًا، لأنه صار من أهل دارنا ، وفائدة وقوع البينونة حل وطء تلك الأمة لمن وقعت في سهمه بعد الاستبراء ، وإن كان الخارج الرجل يجوز له أن يتزوج أربعًا سواها أو أختها إن كانت في دار الإسلام .

م: (**ولو سبي أحد الزوجين وقعت الفرقة بينهما**) ش: اتفاقًا م: (**وإن سبيا معًا**) ش: أي الزوجان م: (**لم تقع الفرقة . وقال الشافعي : وقعت . فالحاصل أن السبب**) ش: أي سبب وقوع البينونة م: (**عندنا هو التباين**) ش: أي تباين الدارين م: (**دون السبي**) ش: وجد أو لم يوجد م: (**وهو بعكسه**) ش: أي الشافعي بعكس ما قلنا ، حيث يقول : إن السبي هو سبب البينونة لا التباين ، وبه قال مالك وأحمد، حتى لو خرج أحد الزوجين إلينا مسلمًا ،لا تقع الفرقة عندهم على أصلهم.

م: (**له**) ش: أي للشافعي م: (**أن التباين أثره في انقطاع الولاية**) ش: وهو سقوط مالكيته عن نفسه وماله م: (**وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن**) ش: أشار إلى انقطاع النكاح ،كالحربي المستأمن ، يعني إذا دخل دارنا بأمان انقطعت ولايته ، ولا تقع الفرقة بينه وبين امرأته م: (**أما السبي فيقتضي الصفاء**) ش: بالمد، أي الخلوص ، أي يقتضي صفاء السبي م: (**للسابي**) ش: ولا يصفي الملك في المسبي للسابي م: (**ولا يتحقق إلا بانقطاع النكاح**) ش: الزوج عن المسبية م:

و هذا يسقط الدين عن ذمة المسبي . ولنا أن مع التباين حقيقة وحكمًا لا تنتظم المصالح ، فشابه المحرمية ، والسبي يوجب ملك الرقبة ، وهو لا ينافي النكاح ابتداء ، فكذلك بقاء ، فصار كالشراء ، ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله ، وهو المال لا في محل النكاح . وفي المستأمن لم تتباين الدارين حكماً لقصده الرجوع .

(**وهذا**) ش: إيضاح لقوله : يقتضي الصفاء م: (**يسقط الدين**) ش: الذي للكفار م: (**وعن ذمة المسبي**) ش: يصف المسبي السابي .

م: (**ولنا أن مع التباين حقيقة وحكمًا**) ش: أي من حيث الحقيقة ، ومن حيث الحكم . أما حقيقة فبأن يكون أحدهما في دار الحرب حكمًا ، لأنه فيه الرجوع . وأما حكمًا فبأن لا يكون في الدار التي دخلها على سبيل الرجوع ، بل يكون على سبيل القرار والسكنى، وفي «النهاية» : وفي قوله : حكمًا ، جواب عن قوله : كالحربي المستأمن ، والمسلم المستأمن ؛ لأن الحربي المستأمن وإن كان في دار الإسلام حقيقة، ولكن هو في دار الحرب حكمًا ؛ لأنه على نية الرجوع ، فكذلك لم يترتب عليه حكم التباين ، وكذلك المسلم المستأمن، حتى لو انقطعت نية الرجوع كان حكم التباين ثابتًا في حقه م: (**لا تنتظم المصالح**) ش: والنكاح شرط للمصالح ، لا بعينه م: (**فشابه المحرمية**) ش: أي فشابه التباين المحرمية ، يعني إذا اعترضت المحرمية على النكاح ، فإنه لا يبقى معها لفوات انتظام المصالح، كذا هذا التباين .

م: (**والسبي يوجب ملك الرقبة**) ش: هذا رد دليل الخصم ، تقديره : أن السبي يوجب ملك الرقبة م: (**وهو**) ش: أي ملك الرقبة م: (**لا ينافي النكاح ابتداء**) ش: بأن زوج أمته لغيره م: (**فكذلك**) ش: لا ينافيه م: (**بقاء**) ش: بأن اشترى منكوحة الغير م: (**فصار**) ش: أي السبي م: (**كالشراء**) ش: أي كالشراء من غيره ،من حيث إن النكاح لا يفسد بالشراء ، فكذلك بالسبي لعدم المنافاة، وكذلك الصدقة والهبة .

م: (**ثم هو**) ش: أي السبي م: (**يقتضي الصفاء**) ش: يعني مسلمًا أن السبي يقتضي الصفاء لكن م: (**في محل عمله، وهو المال لا في محل النكاح**) ش: وهو منافع البضع باعتبار كونها آدمية ، وذلك ليس محل عمله ، لأن ذلك من الخصائص الإنسانية لا المالية ، وقد اندرج في هذا الكلام الجواب عن قوله : وهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي ؛ لأن الدين في الذمة، وهو محل عمله ؛ لأنها في الرقبة .

وقوله : وفي المستأمن : جواب عن قوله : كالحربي المستأمن أو المسلم المستأمن، وكان قد احترز بقوله : وحكمًا عن ذلك ، فإن التباين وإن وجد في المستأمن حقيقة لكنه لم يوجد حكمًا، وهو معنى قوله : م: (**وفي المستأمن لم تتباين الدارين حكمًا لقصده الرجوع**) ش: إلى دار الحرب . والرجوع منصوب على أنه مفعول المصدر، والمصدر يعمل عمل فعله .

فـإن قلت: استدل الشافعي - رحمه الله تعالى - بقضية زينب - رضي الله تعالى عنها - ابنة رسول الله ﷺ أنها هاجرت من مكة إلى المدينة ، وخلفت زوجها أبا العاص بمكة فردها رسول الله ﷺ بالنكاح الأول ، فعلم أن التباين لا يوجب الفرقة .

قلت: ردها ﷺ بالنكاح الجديد ، يعني قوله : بالنكاح الأول ، أي بحرمة النكاح الأول ، وقد صح في «السنن » عند الترمذي ، وابن ماجة ، وأحمد أنها ردت بعد ست سنين في رواية ، وفي رواية أخرى بعد سنتين[1] ، وعند الخصم تثبت الفرقة بانقضاء العدة ، وإن لم يثبت التباين ، فكيف يحتج به علينا؟

فإن قلت: استدل أيضًا بحديث أبي سفيان ، فإنه أسلم بمر الظهران في معسكر رسول الله ﷺ فأقر النكاح بينه وبين امرأته هند ، ولما فتح عليه السلام مكة هرب عكرمة بن أبي جهل ، وحكيم بن حزام حتى أسلمت امرأة كل منهما ، وأخذت الأمان لزوجها ، وذهبت فجاءت به ، ولم يجدد عليه السلام النكاح بينهما .

قلت: الصحيح أن أبا سفيان لم يحسن إسلامه يومئذ ، وإنما أجازه رسول الله ﷺ لشفاعة عمه العباس - رضي الله تعالى عنه - . وعكرمة وحكيم بن حزام إنما هربا إلى الساحل ، وكانت من حدود مكة ، فلم يوجد تباين الدارين . وقد قال الزهري : إن دار الإسلام تتميز من دار الحرب بعد فتح مكة ، ولم يوجد تباين الدارين يومئذ .

فإن قلت: قال الله تعالى : ﴿ والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم ﴾(النساء : الآية ٢٤) ، عدد المنكوحات من المحرمات ، ثم استثنى المملوكات ملك اليمين مطلقًا ، ولم يفصل بينهما إذا كان تزوج المسبية معها ، أو لم يكن ، والمطلق يجري على إطلاقه عندكم ، فكيف لا تجوزون وطء المسبية إن سبي معها زوجها .

روي في« السنن »مسندًا إلى أبي سعيد الخدري - رضي الله تعالى عنه - عن النبي ﷺ أنه قال في سبايا أوطاس : « ألا لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة » ولا فصل فيه أيضًا .

---

(١) رواه أبو داود [٢٢٤٠] ، والترمذي [١١٥٨] ، وابن ماجه [٢٠٠٩] عن محمد بن إسحاق، عن داود بن الحصين، عن عكرمة ، عن ابن عباس -مرفوعاً ورواه الترمذي [١١٥٧]، وابن ماجه [٢٠١٠] عن حجاج بن أرطاة، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه ، عن جده- مرفوعاً ، وفيه أنه ﷺ رد ماله بنكاح ، قال يزيد بن هارون حديث ابن عباس أجود إسناداً من حديث عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده . قلت : وكلا الإسنادين ضعيف في الأول عنعنة محمد بن إسحاق ، وقال ابن المديني : ما رواه داود عن عكرمة ، وهو منكر والثاني : فيه الحجاج ، وهو ضعيف ، وموسى ، قد عنعنه . وقال يحيى بن سعيد : لم يسمعه الحجاج من عمرو بن شعيب .

وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة جاز أن تتزوج ،ولا عدة عليها عند أبي حنيفة -رحمه الله- ، وقالا : عليها العدة ، لأن الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الإسلام ،فيلزمها أحكام الإسلام . ولأبي حنيفة-رحمه الله-أنها أثر النكاح المتقدم وجبت إظهاراً لخطره، ولاخطر لملك الحربي ، ولهذا لا تجب العدة على المسبية. وإن كانت حاملاً لم تزوج حتى تضع حملها، وعن أبي حنيفة -رحمه الله- أنه يصح النكاح ، ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها ، كما في الحبلى من الزنا . وجه الأول أنه ثابت النسب ، فإذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطاً .

قلت: أما الآية فإن قوله تعالى : ﴿ ما ملكت أيمانكم ﴾ عام خص منه البعض ، فيخص التنازع بما إذا اشترى الأمة مع زوجها لا يجوز للمشتري أن يطأها بالإجماع، مع وجوب ملك اليمين ، فكذا إذا سبى الأمة وزوجها كان مسلمًا ،أو ذميًا لا يجوز للسابي وطأها مع وجود ملك اليمين ، فلما كان البعض مخصوصًا ، حملنا الآية على ما إذا سبيت المرأة وحدها ،وحصل بين الزوجين تباين حكمًا .

والجواب عن سبايا أوطاس : فإنهن كن سبين وحدهن ،دون أزواجهن، فإن الرجال كانوا قد خرجوا للقتال ،وخلفوا النساء، والذراري في الحصن، فلما انهزموا استولى رسول الله ﷺ على الحصن، وسبوا النساء دون الأزواج ، وأوطاس اسم موضع بقرب مكة على ثلاث مراحل من مكة والله أعلم .

م: (**وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة**) ش: أي حال كونها مهاجرة من دار الحرب إلى دار الإسلام، سواء كانت مسلمة أو ذمية م: (**جاز أن تتزوج ،ولا عدة عليها عند أبي حنيفة**) ش: إلا أن تكون حاملاً.

م: (**وقالا : عليها العدة**) ش: أي قال أبو يوسف ومحمد : عليها أن تعتد ،ولا يجوز لها التزوج إلا بعد العدة م: (**لأن الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الإسلام، فيلزمها حكم الإسلام**) ش: لأنها حرة فارقت زوجها بعد الإصابة ، فتلزمها العدة ، كالمطلقة في دارنا، وبه قال جمهور العلماء .

م: (**ولأبي حنيفة أنها**) ش: أي أن العدة م: (**أثر النكاح المتقدم وجبت إظهارًا لخطره ، ولا خطر لملك الحربي، ولهذا**) ش: أي ولأجل أن ليس لملك الحربي خطر م: (**لا تجب**) ش: أيم: (**العدة على المسبية**) ش: بالاتفاق م: (**وإن كانت**) ش: أي المرأة المهاجرة المذكورة م: (**حاملاً لم تزوج حتى تضع حملها**) ش: للنص م: (**وعن أبي حنيفة**) ش: رواه عنه الحسن م: (**أنه يصح النكاح ،ولا يقربها الزوج حتى تضع حملها، كما في الحبلى من الزنا**) ش: لا يصح الوطء حتى تضع حملها .

م: (**وجه الأول**) ش: وهو أنه لا تتزوج حتى تضع حملها م: (**أنه ثابت النسب**) ش: من الغير م: (**فإذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطًا**) ش: في باب النسب ،كأم الولد حبلت من مولاها لا يزوجها حتى تضع .

قال : وإذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام وقعت الفرقة بغير طلاق ، وهذا عند أبي حنيفة ، وأبي يوسف -رحمهما الله- وقال محمد -رحمه الله-: إن كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق هو يعتبره بالإباء ، والجامع بينهما ما بيناه . وأبو يوسف -رحمه الله- مر على ما أصلنا له في الإباء . وأبو حنيفة -رحمه الله- فرق بينهما . ووجهه أن الردة منافية للنكاح؛ لكونها منافية للعصمة، والطلاق رافع ، فتعذر أن تجعل طلاقاً ، بخلاف الإباء ، لأنه يفوت الإمساك بالمعروف ، فيجب التسريح بالإحسان على ما مر .

م: (قال: **وإذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام**) ش: - والعياذ بالله تعالى - م: (**وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق**) ش: سواء دخل بها ،أو لم يدخل ، وهذا عند أبي حنيفة ، وأبي يوسف، وقال محمد: إن كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق وإن كانت منها فهو كما قالا .

وفي «مغني» الحنابلة : إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في قول عامة أهل العلم، وحكي عن داود الأصفهاني : أنه لا ينفسخ بالردة ، وإن كانت الردة بعد الدخول فكذلك في أحد الروايتين عن أحمد بن حنبل، وهو قول الحسن ،وعمر ابن عبد العزيز، وأبي حنيفة، ومالك، والثوري، وزفر، وأبي ثور ،وابن المنذر .

وفي الرواية الثانية : يقف على انقضاء العدة ،وهو قول الشافعي، وإسحاق،ثم من المالكية من جعل الردة فسخًا، ومنهم من جعلها طلقة بائنة . ومنهم من جعلها طلقة رجعية . ومنهم من قال : لو أسلم يعود إلى زوجته كانت بغير طلاق ولا بفسخ ، كما يعود المرتد إلى ماله ،على المعروف من كل مذهب، وعند ابن أبي ليلى لا تقع الفرقة بالردة قبل الدخول وبعده ، لكن يستتاب المرتد، فإن تاب فهي امرأته، وإن مات على الردة ،أو قتل ورثته امرأته .

م: (**هو**) ش: أي محمد م: (**يعتبره بالإباء**) ش: أي يعتبر الردة بالإباء م: (**والجامع بينهما ما بيناه**) ش: وما ذكره قبل هذا قريبًا من الورقة بقوله لها ، أي بالإباء امتنع عن الإمساك بالمعروف مع قدرته عليه ، فينوب القاضي منابه في التسريح ، فكذلك بالردة امتنع عن الإمساك، فناب القاضي منابه م: (**وأبو يوسف مر على ما أصلنا له في الإباء**) ش: وهو أن الفرقة سبب يشترك فيه الزوجان ، فلا يكون طلاقًا كالفرقة بسبب الملك ، وهذا ينتقض بالخلع .

م: (**وأبو حنيفة فرق**) ش: أي بين الإباء والردة م: (**ووجهه**) ش: أي وجه الفرق م: (**أن الردة منافية للنكاح لكونها**) ش: أي لكون الردة م: (**منافية للعصمة**) ش: لبطلان العصمة عن نفسه، وإملاكه بها فيترك ملك النكاح بها ، ولأنها موت حكمًا م: (**والطلاق رافع**) ش: للنكاح ، وليس بمناف له م: (**فتعذر أن تجعل طلاقًا بخلاف الإباء ، لأنه يفوت به الإمساك بالمعروف، فيجب التسريح بالإحسان على ما مر**) ش: لأن الإباء امتناع عن الإمساك بالمعروف مع قدرته على الإسلام ، فينوب القاضي منابه في التسريح .

ولهذا تتوقف الفرقة بالإباء على القضاء ، ،ولا تتوقف بالردة .ثم إن كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر إن دخل بها ، ونصف المهر إن لم يدخل بها ، وإن كانت هي المرتدة فلها كل المهر إن دخل بها ، وإن لم يدخل بها لا مهر لها ،ولا نفقة ، لأن الفرقة من قبلها . قال :وإذا ارتدا معًا ، ثم أسلما معًا فهما على نكاحهما استحسانًا . وقال زفر -رحمه الله-: يبطل ؛لأن ردة أحدهما منافية ، وفي ردتهما ردة أحدهما . ولنا ما روي أن بني حنيفة ارتدوا ،ثم أسلموا ولم يأمرهم الصحابة-رضوان الله عليهم أجمعين- بتجديد الأنكحة ، والارتداد منهم واقع

م: (**ولهذا**) ش: توضيح لكون الردة منافية للطلاق دون الإباء ، أي لأجل ذلك م: (**تتوقف الفرقة بالإباء على القضاء**) ش: أي على حكم الحاكم ؛ لأنها ليست للمنافاة ، فتوقف حكمه على القضاء م: (**ولا تتوقف**) ش: على القضاء م: (**بالردة**) ش: لأن النافي لا يتوقف حكمه على القضاء كالمحرمية م: (**ثم إن كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر إن دخل بها، ونصف المهر إن لم يدخل بها**) ش: بالنص م: (**وإن كانت هي المرتدة فلها كل المهر إن دخل بها ، وإن لم يدخل بها فلا مهر لها ، ولا نفقة ؛ لأن الفرقة من قبلها**) ش: فلذلك يسقط المهر ، والنفقة كالناشزة لا نفقة لها .

م: (**قال: ارتدا معًا**) ش: أي ارتد الزوجان معًا م: (**ثم أسلما معًا فلهما نكاحهما استحسانًا**) ش: أي من الاستحسان م: (**وقال زفر : يبطل**) ش: وهو القياس وبه قال الشافعي، ومالك ، وأحمد م: (**لأن ردة أحدهما منافية ، وفي ردتهما ردة أحدهما**) ش: إذا كانت منافية للنكاح ، فردتها بالطريق الأولى .

م: (**ولنا ما روي**) ش: وهو وجه الاستحسان م: (**أن بني حنيفة**) ش: وهم حي من العرب م: (**ارتدوا ، ثم أسلموا ولم يأمرهم الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - بتجديد الأنكحة**) ش: قال مخرج الأحاديث : هذا غريب. قال الأترازي : وجه الاستحسان ما روى أصحابنا في «المبسوط» وغيره أن بني حنيفة ارتدوا لمنع الزكاة ، وبعث إليهم أبو بكر الصديق - رضي الله تعالى عنه - الجيوش حتى أسلموا ،ولم يأمرهم بتجديد الأنكحة ، ولا أحد من الصحابة ، وإجماعهم حجة يترك به القياس .

فإن قلت: من الجائز أنهم ارتدوا على التعاقب ، فمن أين يعرف أنهم ارتدوا جميعًا، بل الغالب التعاقب في الردة ، وهو الظاهر.

قلت : ترك الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - عن تجديد الأنكحة دليل على عدم التعاقب؛ لأنه لو كان ارتدادهم على التعاقب لأمروا بتجديد الأنكحة ، لأن السكوت عن الحق لا يليق بجنابهم .

م: (**والارتداد منهم واقع معًا**) ش: هذا جواب عما يقال: إن ارتداد بني حنيفة ما وقع جملة حتى يستقيم التعلق به، فأجاب بقوله : م: (**والارتداد منهم**) ش: أي من بني حنيفة م: (**واقع**) ش: منهم

معاً لجهالة التاريخ . ولو أسلم أحدهما بعد الارتداد فسد النكاح بينهما، لإصرار الآخر على الردة ؛ لأنه مناف كابتدائها .

جميعًا م: (**لجهالة التاريخ**) ش: لهيئة ارتدادهم، فيجعل كأنه وجد جملة كالغرقى، والحرقى، والهدمى م: (**ولو أسلم أحدهما**) ش: أي أحد الزوجين المرتدين م: (**بعد الارتداد**) ش: قبل الآخر م: (**فسد النكاح بينهما**) ش: يعني تقع الفرقة بينهما بإجماع علمائنا م: (**لإصرار الآخر على الردة ؛ لأنه**) ش: أي لأن إصراره على الردة م: (**مناف**) ش: أي للنكاح م: (**كابتدائها**) ش: أي كإفسادها ، حتى لا يجب لها شيء إن كان المسلم هو الزوج قبل الدخول .

وإن كانت هي التي أسلمت قبل الدخول فلها نصف الصداق، وإن وجد الدخول فلها المهر كاملاً في الوجهين ؛ لأن المهر يستقر بالدخول ، ويصير دينًا في ذمة الزوج ، والديون لا تسقط بالردة ، وعند زفر والشافعي ومالك وأحمد : إسلام أحدهما لا يؤثر في الفرقة الواقعة بارتدادهما ، والله أعلم .

* * *

باب القسم

وإذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه أن يعدل بينهما في القسم ، بكرين كانتا أو ثيبين أو إحداهما بكراً والأخرى ثيباً ؛ لقوله عليه السلام: «من كانت له امرأتان ومال إلى إحداهما في القسم جاء يوم القيامة وشقه مائل .

م: (باب القسم)

ش: أي هذا باب في بيان أحكام القسم بفتح القاف، مصدر قسم الشيء فانقسم، وبكسر القاف النصيب والقسمة ، اسم للمقاسمة والانقسام ، والقسم بفتحتين اليمين .

وقال الأترازي : بفتح القاف مصدر ، وهو الرواية عن شيوخنا .

قلت: هذا عجيب ، لا يحتاج إلى رواية ، هكذا عن شيوخه ، لأن كل واحد يعلم أنه بالفتح في باب التعديل بين النساء ، ويعلم أنه بالكسر النصيب، ولما ذكر جواز عدد من النساء ، ولم يكن بد من بيان العدل الوارد من الشارع في حقهن في باب على حدة، والموجب في تأخيره لشدة الاحتياج إلى معرفة غيره على ما لا يخفى .

م: (**وإذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه أن يعدل بينهما في القسم ،بكرين كانتا أو ثيبين، أو إحداهما بكرًا والأخرى ثيبًا**) ش: قال : وإذا كان بلفظ التذكير، وإن كان مستندًا إلى المؤنث الحقيقي لوقوع الفصل، كقولهم : حضر القاضي امرأة ، وهذا جاء خلافًا للمجرد ، وقال : حرتان ليشمل المسلمة، والكتابية ،والمراهقة ،والبالغة، والمجنونة، والتي يخاف منها ، والحائض، والنفساء، والحامل ،والصغيرة التي يمكن وطؤها، والمحرمة ،والمولى عنها ،والمظاهرة منها ، والجديدة، والقديمة فالكل سواء ، وبه قال الحكم وحماد.

وقال مالك، والشافعي، وأحمد : يقيم عند البكر الجديدة سبعًا، وعند الثيب الجديدة ثلاثًا ، ولا يحتسب عليها بذلك ، وهو قول إبراهيم النخعي ،وعامر الشعبي، وإسحاق بن راهويه ، واختاره ابن المنذر ، وقيل : للبكر ثلاث ليال، وللثيب ليلتان ، هكذا روي عن سعيد بن المسيب، والحسن البصري، وخلاس بن عمرو ،ونافع عن ابن عمر .

م: (**لقوله عليه السلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ: م: (**من كانت له امرأتان ، ومال إلى إحداهما في القسم جاء يوم القيامة وشقه مائل**) ش: هذا الحديث أخرجه أصحاب «السنن» الأربعة من حديث همام بن يحيى ،عن قتادة ،عن النضر بن أنس، عن بشير بن نهيك، عن أبي هريرة - رضي الله تعالى عنه - قال : قال رسول الله ﷺ : « من كانت ...» آخره ، ورواه ابن حبان في «صحيحه»، والحاكم

وعن عائشة -رضي الله عنها- أن النبي عليه السلام كان يعدل في القسم بين نسائه ، وكان يقول: «اللهم هذا قسمي فيما أملك ، فلا تؤاخذني فيما لا أملك » ، يعني زيادة المحبة ، ولا فضل فيما روينا ،

في « مستدركه»[1] . وقال : حديث حسن صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه .

وفي رواية الترمذي : «وشقه ساقط» . وقال شيخنا : بل المراد به سقوطه حقيقة ، أو المراد به سقوط حجته بالنسبة إلى إحدى امرأتيه ، التي مال إليها مع الأخرى، و يحتمل الأمرين ، ولا مانع من الحقيقة ، ويدل على إرادة الحقيقة قوله في رواية أبي داود: «مائل»، فهو ظاهر أنه ليس المراد سقوط الحجة ، وإنما المراد سقوط أحد شقيه ، يعني ميلانه، وفيه أن الجزاء من جنس العمل ، فلما لم يعدل وجار عن الحق، والجوار الميل كان عذابه بأن يجيء يوم القيامة على رءوس الأشهاد ، وأحد شقيه مائل .

م: (**وعن عائشة** - رضي الله تعالى عنها - **أن النبي ﷺ كان يعدل في القسم بين نسائه، وكان يقول : «اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تؤاخذني فيما لا أملك »**) ش: هذا أيضًا أخرجه الأئمة الأربعة ،عن عبد الله بن زيد ،عن عائشة - رضي الله تعالى عنها - أن النبي ﷺ . . . إلى آخره [2] .

ورواه ابن حبان في «صحيحه» ،والحاكم في «مستدركه» ، وقال : حديث صحيح على شرط مسلم ، ولم يخرجاه . قوله : -فيما أملك- ، أي فيما قدرني عليه مما يدخل تحت القدرة والاختيار، بخلاف ما لا أقدر عليه من ميل القلب ، فإنه لا يدخل تحت القدرة .

م: (**يعني زيادة المحبة**) ش: هذا ليس من لفظ الحديث، وإنما هو تفسير من الرواة . وحكى الترمذي عن بعض أهل العلم أنه فسره بالحب والمودة ، ورواه البيهقي عن الشافعي في تفسير الحديث، قال : يعني والله أعلم قلبه ، وكذا قال أبو داود في «سننه» يعني القلب، وفسره الخطابي بميل القلوب م: (**ولا فضل فيما روينا**) ش: أي لا فضل بين البكر والثيب فيما روينا من الحديث المذكور .

---

(١) صحيح : رواه الترمذي [١١٥٦] ، وأبو داود [٢١٣٣] ، والنسائي [٣٦٨٢] ، وابن ماجه [١٩٦٩] ،والحاكم في المستدرك (٢/ ١٨٦) عن همام بن يحيى ،عن قتادة ،عن النضر بن أنس، عن بشير ابن نهيك ،عن أبي هريرة - مرفوعًا . قال الترمذي : لا نعرفه مرفوعًا إلا من حديث همام ، رواه هشام الدستوائي عن قتادة . قال : كان يقال اهـ ، وعزاه الزيلعي لأبي نعيم في تاريخ أصبهان .

(٢) رواه أبو داود في «النكاح» [٢١٣٤]، والترمذي في «النكاح » [١١٤٠] و ابن ماجه في «النكاح» [١٩٧١» عن حماد بن سلمة ،عن أيوب، عن أبي قلابة ،عن عبد الله بن يزيد ،عن عائشة-مرفوعًا قال الترمذي : حديث عائشة هذا رواه غير واحد عن حماد بن سلمة ،عن أيوب ،عن أبي قلابة ،عن عبد الله بن يزيد ، عن عائشة- مرفوعًا ، ورواه حماد بن زيد ،وغير واحد، عن أيوب، عن أبي قلابة .

والقديمة والجديدة سواء لإطلاق ما روينا ، ولأن القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك والاختيار في مقدار الدور إلى الزوج ؛ لأن المستحق هو التسوية بينهن دون طريقها

م: (**والقديمة والجديدة سواء**) ش: وقد ذكرنا مذهب الشافعي عن قريب ، ولكن نوضح هنا بأكثر من ذلك ، فنقول : قال الشافعي ، ومالك ، وأحمد ، وابن عبيد إن كانت جديدة بكرًا أقام عندها بعد العقد سبعًا من غير قضاء ، وإن كانت ثيبًا أقام عندها ثلاثًا من غير قضاء ، ولو شاء أقام عندها سبعًا مع القضاء .

وله في القضاء وجهان : أحدهما : أن يقضي جميعًا ، وهو ظاهر المذهب إليه ، والثاني : أن يقضي ما زاد على الثلاث . وفي «الجواهر» و«المغني» : للأمة الجديدة سبع إذا كانت بكرًا ، وإن كانت ثيبًا فلها ثلاث عند المالكية ، والحنابلة ، فجعلوها كالحرة البكر والثيب ، وللشافعية ثلاثة أقوال: أحدها : التسوية بين الحرة والأمة ، والثاني : للأمة النصف كسائر القسم ، الثالث : للبكر من الإماء أربع ، وللثيب ليلتان تكميلاً لبعض الليلة ، ذكره في «النهاية» لإمام الحرمين .

وفي «الجواهر» : الزيادة حق الزوجة ، أو حق الزوج ، أو حقهما فيه اختلاف . وفي «الجواهر» و«النهاية» : و«المغني» : على ولي المجنون أن يطوف به على نسائه . وفي «النهاية» : لو ترك حق واحدة وخص بالباقية يجب عليه القضاء ، وعندنا ما ذكره في «المحيط» و«المبسوط»: الزوج لو أقام عند واحدة شهرًا ظلمًا ثم طلب القسم من الباقيات أو بغير طلب فليس عليه أن يعرض ، لأنه ليس بمال ، فلم يكن عليه دينًا في الذمة ، لكنه ظالم يوعظ ، فإن استمر يؤدب تعزيرًا . ولو جعلت له الحرة مالاً على أن يزيد في أيامها فهي باطلة ، ولها أن ترجع في مالها ، وإن زادها في أيامها ، لأن ذلك رشوة ، والرشوة في الحكم . وكذا لو حطت من مهرها شيئًا بهذا الشرط ، وبه قال الشافعي وأحمد . وقال أبو ثور : وهو جائز ، وهو مذهب الحسن البصري ، ذكره في «الأشراف» .

م: (**لإطلاق ما روينا**) ش: قال الأترازي : هذا تكرار بلا فائدة ، لأن عدم القصد فيما رويناه علم من قوله : لإطلاق ما روينا ، وما كان يحتاج إلى ذكرهما جميعًا . وقال الأكمل : الاختلاف في موضعين: في الفرق بين البكر والثيب ، وفي تفضيل الجديدة على القديمة ، قيد المصنف الأول بقوله : ولا فضل فيما روينا ، والثاني : لإطلاق ما روينا . قلت : لكن النظر في تصويب أحدهما .

م: (**ولأن القسم من حقوق النكاح ،ولا تفاوت بينهن في ذلك**) ش: أي بين النساء م: (**والاختيار في مقدار الدور إلى الزوج**) ش: يعني إن شاء ثلث لكل واحدة ، وإن شاء تسع لكل واحدة إلى غير ذلك ، وليس للمرأة أن تقول : بت عندي ليلة وليلة أخرى عند صاحبتي ، لأن المقصود هو العدل ، وذلك حاصل كيف كان .

م: (**لأن المستحق هو التسوية بينهن**) ش: أي بين الزوجات م: (**دون طريقها**) ش: أي طريق التسوية ، وفي غالب النسخ : دون طريقه ، وقال الأترازي : أي دون طريق العدل ، يعني : يبيت

والتسوية المستحقة في البيتوتة لا في المجامعة ، لأنها تبتنى على النشاط ، وإن كانت إحداهما حرة ، والأخرى أمة فللحرة الثلثان من القسم ،وللأمة الثلث بذلك ورد الأثر، ولأن حل الأمة أنقص من حل الحرة فلا بد من إظهار النقصان في الحقوق ،والمكاتبة ،والمدبرة ، وأم الولد بمنزلة الأمة ؛ لأن الرق فيهن قائم . قال : ولا حق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن ،والأولى أن يقرع بينهن ،فيسافر بمن خرجت قرعتها . وقال الشافعي- رحمه الله : القرعة مستحبة

عند إحدى المرأتين مثل ما يبيت عند الأخرى ، فإن بات عند هذه ليلة يبيت عند الأخرى كذلك ، وليس لها أن تقول بت عندي ليلة وبت عند صاحبتي مثل ذلك؛ لأن المستحق عليه العدل ، لا طريقه؛ لأن طريقه مفوض إلى الزوج . ثم قال الأترازي: وتذكير الضمير في طريقه ، وإن كان راجعًا إلى التسوية لإرادة العدل ، ومثل ذلك جائز ، كما في قوله : والأرض أثقل أثقالها .

م: (**والتسوية المستحقة في البيتوتة، لا في المجامعة**) ش: قال في شرح «الكافي» : وهذه التسوية في البيتوتة عندها للصحبة، والمؤانسة ، لا في المجامعة ، لأن ذلك شيء يبتنى على النشاط، ولا يقدر على اعتبار المساواة فيه ، وهو نظير المحبة بالقلب م: (**لأنها**) ش: أي لأن المجامعة م: (**تبتنى على النشاط**) ش: كما ذكرنا .

م: (**وإن كانت إحداهما حرة ،والأخرى أمة فللحرة الثلثان من القسم ، وللأمة الثلث، بذلك ورد الأثر**) ش: وهو ما رواه أبو بكر بن أبي شيبة وعبد الرزاق في «مصنفيهما»، والدارقطني ، ثم البيهقي في «سننهما » ،عن ابن أبي ليلى ،عن المنهال بن عمرو، عن عباد بن عبد الله الأسدي - رضي الله تعالى عنه - ، قال : إذا نكحت الحرة على الأمة فلهذه الثلثان ؛ ولهذه الثلث، لأن الأمة لا ينبغي لها أن تتزوج على الحرة ، والمنهال بن عمرو فيه مقال، وعبادة ضعيف ، قال في «التنقيح» : قال البخاري : فيه نظر .

وروى البيهقي عن ابن المسيب، وعن سليمان بن يسار : أن الحرة إذا أقامت على ضرات فلها يومان ، ولأمته يوم ، وبه قال الشافعي ،وأحمد ،ومالك في رواية . وقال مالك في رواية أخرى: إنهما سواء في استحقاق القسم .

م: (**ولأن حل الأمة أنقص من حل الحرة**) ش: لأنها على النصف من الحرة في غالب الحقوق م: (**فلابد من إظهار النقصان في الحقوق**) ش: لئلا يلزم التسوية م: (**والمكاتبة ،والمدبرة ،وأم الولد بمنزلة الأمة؛ لأن الرق فيهن قائم**) ش: فيكون لهن الثلث من القسم .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله تعالى -: م: (**ولا حق لهن في القسم حالة السفر، ويسافر الزوج بمن شاء منهن ، والأولى أن يقرع بينهن ،فيسافر بمن خرجت قرعتها . وقال الشافعي : القرعة مستحبة**) ش: حتى لو سافر بدون القرعة بواحدة يقضي ما مضى ، يعني يقيم عند من لم يسافر معها مثل تلك الأيام، وبالقرعة لا يقضي ، وبه قال أحمد : يقضي بكل حال .

لما روي أن النبي عليه السلام كان إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه ، إلا أنا نقول : إن القرعة لتطييب قلوبهن ، فكانت من باب الاستحباب ،وهذا لأنه لا حق للمرأة عند مسافرة الزوج ، ألا ترى أن له أن لا يستصحب واحدة منهن ، فكذا له أن يسافر بواحدة منهن، ولا تحتسب عليه تلك المدة ، وإن رضيت أحدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز؛ لأن سودة بنت زمعة -رضي الله عنها- سألت رسول الله عليه السلام أن يراجعها، وتجعل يوم نوبتها لعائشة -رضي الله عنها- .

م: (**لما روي أن النبي ﷺ كان إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه**) ش: هذا الحديث أخرجه الجماعة من حديث عائشة - رضي الله تعالى عنها - ، قالت : كان رسول الله ﷺ إذا أراد سفرًا أقرع بين نسائه ، فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه ، أخرجوه مختصرًا، ومطولاً ، بحديث الإفك .

م: (**إلا أنّا نقول**) ش: يعني نعمل بالحديث، كما يعمل الشافعي، غير أنا نقول : م: (**إن القرعة لتطييب قلوبهن ، فكانت**) ش: أي القرعة م: (من باب الاستحباب) ش: والشافعي يعمل بظاهره ، ونحن نقول: إن التسوية بينهن لم تكن واجبة على النبي ﷺ في الحضر، ففي السفر أولى، وإنما كان يقرع في السفر لما ذكرنا م: (**وهذا**) ش: يعني كون القرعة من باب الاستحباب م: (**لأنه لا حق للمرأة عند مسافرة الزوج ، ألا ترى**) ش: توضيح لما قبله م: (**أن له**) ش: أي للزوج م: (**أن لا يستصحب واحدة منهن ، فكذا له أن يسافر بواحدة منهن**) ش: .

هذا دليل على جواز أنه لا حق لهن حالة السفر م: (**ولا تحتسب عليه تلك المدة**) ش: أي لا تحتسب على الزوج السفر، يعني إذا سافر بإحدى المرأتين شهرًا مثلاً ، ولا يؤمر أن يكون عند الأخرى شهرًا آخر، بل يسوي بينهما في الحضر ابتداء، وفي «الغاية» : ثم لا يقضي مدة السفر بواحدة منهن ، وكذا لبقية نسائه ، وقال داود : يقضي ، واشترط صاحب« الوجيز» بسقوط القضاء على مذهب الشافعي أربعة شرائط :

أحدها : أن يقرع .

والثاني : على أن لا يعزم على النقلة ؛ لأن سفر النقلة لا يجوز أن يستصحب ببعضهن دون بعض ، وفي سفر التجارة يجوز .

والثالث : أن يكون السفر طويلاً ؛ لأن في السفر القصير لغرض التفرج طريقان : أحدهما : يستحب القرعة ، ويقضي، والثاني : كالسفر الطويل ، ولا يقضي ، وهو الصحيح عند صاحب «التهذيب» «والتتمة» .

والرابع : أن لا يعزم على الإقامة ، ومقصده أربعة أيام ، أو أكثر .

م: (**وإن رضيت إحدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز ؛ لأن سودة بنت زمعة سألت رسول الله ﷺ أن يراجعها وتجعل يوم نوبتها لعائشة - رضي الله عنها -**) ش: مفهوم هذا الحديث أنه ﷺ طلق

ولها أن ترجع في ذلك ؛لأنها أسقطت حقاً لم يجب بعد، فلا يسقط .

سودة، وقال مخرجو الأحاديث : ولم نجد ذلك .

قلت: روى البيهقي في« سننه » بإسناده إلى عروة أن النبي ﷺ طلق سودة ، فلما خرج إلى الصلاة أمسكت بثوبه فقالت : والله ما لي في الرجال من حاجة ، ولكني أريد أن أحشر في أزواجك ، قال : فراجعها ، وجعل يومها لعائشة ، وهذا مرسل [١] .

وفي «مستدرك» الحاكم عن هشام بن عروة ، عن أبيه ،عن عائشة - رضي الله تعالى عنها - قالت : يا رسول الله يومي هذا لعائشة فقبل ذلك منها رسول الله ﷺ ،قالت عائشة - رضي الله تعالى عنها - : وفيها وفي أشباهها أنزل الله تعالى : ﴿ وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً ﴾ (النساء : الآية ١٢٧) ، وقال : صحيح الإسناد ،ولم يخرجاه .

وروى البخاري ومسلم عن عائشة - رضي الله تعالى عنها - قالت : ما رأيت امرأة أحب إليّ من أن أكون في مسلاخها من سودة بنت زمعة من امرأة فيها حدة ، فلما كبرت قالت : يا رسول الله قد جعلت يومي منك لعائشة ، فكان ﷺ يقسم لعائشة يومين ، يومها ويوم سودة .

وروى البخاري أيضًا : كان ﷺ يقسم لكل امرأة منهن يومها ، غير أن سودة بنة زمعة جعلت يومها وليلتها لعائشة ، تبغي بذلك رضا النبي ﷺ ، انتهى . وزمعة بفتحتين اسم رجل[٢].

م: (ولها أن ترجع في ذلك) ش: أي للمرأة أن ترجع في قسمها بعد أن وهبت لصاحبتها م: (لأنها أسقطت حقًا لم يجب بعد، فلا يسقط) ش: فلم يكن إسقاطها يلزمها ، فلها المطالبة بعد ذلك عن وجوب الحق ، وبه قال الشافعي ،ومالك، وأحمد ، إلا أن الشافعي قال : يشترط قبول الزوج في هبة يومها ، والله أعلم .

* * *

---

(١) رواه البيهقي في السنه « باب ما يستدل به على أن النبي ﷺ في سوى ما ذكرناه من خصائصه لا يخالف حلاله حلال الناس » .

(٢)رواه البخاري « تفسير سورة النور » ، ومسلم «كتاب التوبة » باب حديث الإفك .

كتاب الرضاع

قال : قليل الرضاع وكثيره سواء إذا حصل في مدة الرضاع يتعلق به التحريم . وقال الشافعي: لا يثبت التحريم إلا بخمس رضعات

م: (كتاب الرضاع)

ش : أي هذا كتاب الرضاع ، وهو بفتح الراء وهو الأصل، وبكسرها لغة . وقال عياض : الرضاعة بفتح الراء وكسرها فيهما ، وأنكر الأصمعي كسرها مع أنها في الصحاح رضع الصبي أمه يرضعها رضاعًا، مثل سمع يسمع سماعًا ، وأهل نجد يقولون : رضع رضاعًا بكسر الضاد ، وفي المضارع مثل ضرب يضرب ضربًا ، والمرضع التي لها ابن رضاع، أو ولد رضيع ، قاله عياض .

وقال الجوهري : المرأة ترضع ذات ولد رضيع ترضعه ،فإن وصفتها بإرضاع الولد قلت مرضعة ، وإنما كان المقصود من النكاح هو التوالد والتناسل ، والولد لا بد له من الرضاع ، ناسب ذكرنا الرضاع عقيب النكاح .

فإن قلت: الرضاع سبب التحريم ، فكان المناسب أن يذكره في المحرمات .

قلت: لما خص الرضاع بمسائل شهادة النساء في الرضاع ، ومثل خلط اللبن بالرق، وغير ذلك أفرده بكتاب واحد، والرضاع في الشرع هو مص الرضيع من ثدي الآدمية في وقت مخصوص، والمص يتناول القليل والكثير ، وقوله : ثدي الآدمية احتراز عن ثدي الشاة ونحوها ، فإن الرضاع لا يثبت به ، والمراد من وقت مخصوص هو مدة الرضاع ، وفي تقديرها اختلاف ، سيأتي إن شاء الله تعالى .

م: (**قال: قليل الرضاع وكثيره سواء إذا حصل في مدة الرضاع يتعلق به التحريم**) ش: وكذا روي عن علي بن أبي طالب - رضي الله تعالى عنه - ، وعبد الله بن مسعود ، وعبد الله بن عمر ، وعبد الله ابن عباس - رضي الله تعالى عنهم - ، وبه قال الحسن البصري وسعيد بن المسيب، وطاوس، وعطاء ومكحول ، والزهري ، وقتادة ، وعمرو بن دينار، والحكم ، وحماد ، والأوزاعي ، والثوري ، ووكيع ، وعبد الله بن المبارك ، والليث بن سعد ومجاهد، وزاد الشيخ أبو بكر الرازي : عمر بن الخطاب - رضي الله تعالى عنه - والشعبي والنخعي . وقال ابن المنذر : وهو قول أكثر الفقهاء . وقال النووي : وهو قول جمهور العلماء ، وحكى أبو بكر الرازي وابن قدامة في «المغني» عن الليث أنه قال : أجمع المسلمون على أن قليل الرضاع وكثيره يحرم في المهد، كما يفطر الصائم ، وهو قول مالك في رواية .

م: (**وقال الشافعي : لا يثبت التحريم إلا بخمس رضعات**) ش: وبه قال أحمد في ظاهر الرواية، وإسحاق عن أحمد ثلاث ، وعنه واحدة . وقال «الرافعي» : وظاهر المذهب وجهان:

أحدهما : كقول أبي حنيفة ، والثاني : ثلاث رضعات ، واختاره مشايخنا . وقال ثقات : القياس بثلاث رضعات ، وهو قول زيد بن ثابت - رضي الله تعالى عنه- ، كذا في شرح «الأقطع» . وقال ابن عبيد ، وأبو ثور : إنما تحرم الثلاث من مفهوم لا تحرم المصة والمصتان . ويروى عن عائشة - رضي الله تعالى عنها - أنها قالت : لا تحرم إلا سبع رضعات . وعن حفصة لا تحرم إلا عشر رضعات .

م: (**لقوله**) ش: أي لقول النبي ﷺ :م: (**لا تحرم المصة ولا المصتان ، ولا الإملاجة ولا الإملاجتان**)

ش: روي هذا الحديث مرفوعًا ، قوله : لا تحرم المصة والمصتان من حديث ابن أبي مليكة ، عن عبد الله بن الزبير ، عن عائشة - رضي الله تعالى عنها - قالت : قال رسول الله ﷺ: « لا تحرم المصة والمصتان » ، وروي قوله : «ولا إملاجة ولا إملاجتان» من حديث أم الفضل بنت الحارث ، قالت : دخل أعرابي على رسول الله ﷺ وهو في بيتي ، فقال : يا رسول الله ﷺ إني كانت لي امرأة ، فتزوجت عليها أخرى ، فزعمت امرأتي الأولى أنها أرضعت الحدثى رضعة أو رضعتين ، قال النبي ﷺ : « **لا تحرم الإملاجة ولا الإملاجتان**»[1] .

وروى ابن حبان في «صحيحه» حديثًا واحدًا نحو رواية المصنف من رواية محمد بن دينار ، حدثنا هشام بن عروة ، عن أبيه ، عن عبد الله بن الزبير ، عن أبيه قال : قال رسول الله ﷺ : «لا تحرم المصة ولا المصتان ، ولا الإملاجة ، ولا الإملاجتان » . وقال الأترازي قوله : «ولا الإملاجة ولا الإملاجتان» ، هذا من تتمة الحديث على ما ذكره صاحب «الهداية» ، ولكن ليس هو بمثبت في الأخرى ، فركب الحديث ، ولهذا لم يثبته الترمذي في جامعه ، وأبو داود في سننه على ما روينا : «لا تحرم المصة ولا المصتان ، ولا الإملاجة ولا الإملاجتان» انتهى .

قلت : عدم اطلاعه في كتب الحديث ، وقصر باعه في هذا الفن ، ألجأه إلى هذا الكلام ، وكيف يقول : وليس هذا بمثبت في الأصول من كتب الحديث ، وقد رواه مسلم كما ذكرنا مفردًا ومشتملاً ، ورواه ابن حبان ، كما رواه المصنف ، وعدم إثبات الترمذي ، وأبي داود هذا لا يستلزم نفي أن يكون هذا من الأحاديث المثبتة .

قوله : « الحدثى» في رواية مسلم ، بضم الحاء المهملة ، تأنيث الأحداث ، يريد المرأة التي تزوجها بعد الأولى ، والإملاجة بكسر الهمزة وبالجيم من أملجت المرأة الصبي أي أرضعته .

وقال ابن الأثير : ويروى : «لا تحرم الملجة والملجتان» ثم قال : والملج المص ، ملج الصبي أمه يملجها ملجًا ، وملجها تمليجًا إذا رضعها . قلت : الأول من باب نصر ينصر . والثاني : من باب

---

(١) صحيح : رواه مسلم ١٤٥١ .

ولنا قوله تعالى : ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم ﴾ ... (النساء:الآية٢٣) ، وقوله عليه السلام :«يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل» ،

علم يعلم . قال الكاكي : المصة -مكيدن- وهو فعل الرضع ، والإملاجة -شير دادن- ، يقال : أملجه أي أرضعه .

قلت : حاصل كلامه يشعر بالفرق بين المصة والإملاجة ، فقال : المصة فعل الرضيع ، والإملاجة فعل المرأة التي ترضع ، لأنه قال بالفارسية : شيردادن ، يعني إعطاء اللبن من فعل المرأة .

فإن قلت : ما وجه استدلال الشافعي بالحديث المذكور ، فإن مذهبه خمس رضعات مشبعات ، والحديث كيف يدل عليه .

قلت : قال الكاكي : وجه تمسك الشافعي بالحديث المذكور أن المصة داخلة في المصتين ، كقوله : لا أكلم فلانًا يومًا ويومين ، حيث لا ينتهي اليمين إلا بثلاثة أيام، فكأنه قال : لا تحرم المصات ، والإملاجتان، فانتفت الحرمة عن أربع رضعات، وثبتت عن الخمس، وهذا ضعيف .

وقيل : وجه تمسكه لا يثبت إلا بنفي مذهبنا ، فإذا نفى مذهبنا بهذا الحديث ثبت مذهبه لعدم القائل بالفصل ، وقيل : تمسكه بهذا الحديث لنفي مذهبنا ، وإثبات مذهبه بحديث عروة عن عائشة - رضي الله تعالى عنها - أنها قالت : كان فيما أنزل في القرآن عشر رضعات معلومات ، فنسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن ، وكان ذلك مما يتلى بعد النبي ﷺ ولا نسخ بعده ، وكان مكتوبًا على قرطاس بعده ، فدخل داجن البيت فأكله ، وتمسك في شرح «الوجيز» وغيره من كتبهم بهذا الحديث أيضًا .

قلت : حديث عائشة - رضي الله تعالى عنها - رواه مسلم بلفظ : وأنزل الله في القرآن عشر رضعات معلومات ، نسخ من ذلك خمس ، وصار إلى خمس رضعات ، فتوفي رسول الله ﷺ والأمر على ذلك » انتهى .

ورواه ابن ماجة عن عائشة أيضًا ، ولفظه أنها قالت : « كان مما أنزل الله - عز وجل - من القرآن ، ثم سقط : لا يحرم إلا عشر رضعات أو خمس رضعات . وروى ابن ماجة أيضًا عن عبد الرحمن بن القاسم ،عن أبيه ،عن عائشة قالت : لقد نزلت آية الرجم ورضاعة الكبير عشرًا، ولقد كان في صحيفة تحت سريري، فلما مات رسول الله ﷺ وتشاغلنا بموته دخل داجن فأكلها .

م: (**ولنا قوله تعالى : ﴿ وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم ﴾ ...(النساء : الآية ٢٣)** م : (**وقوله ﷺ : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل**) ش: أصحابنا استدلوا لمذهبهم بالآية الكريمة ، وجه الاستدلال أن الله تعالى جعل علة التحريم فعل الرضاع قل أو كثر . وقال أبو بكر الرازي في «أحكام القرآن» : **إذا اقتضى فعل الرضاع استحقاق اسم الأمومة والأخوة بوجود نفس فعل الرضاع ، وذلك**

ولأن الحرمة وإن كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشوز العظم ،وإنبات اللحم ، لكنه أمر مبطن ، فتعلق الحكم بفعل الإرضاع ، وما رواه مردود بالكتاب أو منسوخ به

يقتضي وجوب التحريم بقليل الفعل وكثيره لصدق إطلاق اسم الأم عليه ، وهذا لأن كل حق يتعلق بعلة في الشرع يثبت الحكم بوجوده، لا تعدد فيه ، وقيل لابن عمر : إن ابن الزبير يقول : لا بأس بالرضعة والرضعتين، فقال : قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير .

وقال أبو بكر بن العربي : الرضاع وصف ثبت بنفس الفعل، وهذا معلوم عربية، وشرعًا . قال عز وجل : ﴿ **وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم** ﴾ (النساء : الآية ٢٣) ، ارتبط التحريم بالرضاع مطلقًا، من غير تقييد بخمس ،أو سبع ،أو عشر، أو نحو ذلك، فمن قدره بعدد لا يدل القرآن عليه فقد رفع حكم الآية بأمر مضطرب، لا يعول عليه .

واستدل أصحابنا أيضًا بقول النبي ﷺ: « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» وهذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم ،من حديث ابن عباس، ومن حديث عائشة ، وقد تقدم الكلام فيه في أول كتاب النكاح . قوله : -من غير فصل- يعني بين القليل والكثير في الكتاب والحديث ، روت عائشة -رضي الله تعالى عنها - أنه ﷺ قال : «**إن الله حرم من الرضاع ما حرم من الولادة** » متفق عليه .

وفي البخاري ومسلم : يحرم من الرضاع ما يحرم من الرحم، و في لفظ : « ما يحرم من النسب » من غير تقييد بعدد كالقرآن .

م: (**ولأن الحرمة وإن كانت لشبهة البعضية**) ش: هذا دليل معقول ،يتضمن جواب سؤال مقدر، تقديره أن يقال : لما كان التحريم باعتبار إنشاز العظم ،وإنبات اللحم، وذلك يحصل بالكثير دون القليل، وتقدير الجواب: أن الحرمة وإن كانت باعتبار شبهة البعضية الحاصلة من اللبن م: (**الثابتة بنشوز العظم وإنبات اللحم**) ش: قال ﷺ: « **الرضاع أنشز العظم وأنبت اللحم** » والإنشار بالراء الإحياء ، قال الله تعالى : ﴿**إذا شاء أنشره**﴾ (عبس : الآية ٢٢) ، والمعنى في الحديث : نشره ، كأنه أحياه ، ويروى بالزاي ، يقال : نشز الشيء إذا ارتفع .

م: (لكنه أمر مبطن) ش: فيه خفاء ، والرضاع سبب ظاهر م: (**فتعلق الحكم**) ش: أي حكم الحرمة م: (**بفعل الإرضاع**) ش: يعني بمجرد الإرضاع م: (**وما رواه**) ش: أي ما رواه الشافعي من قوله: لا تحرم المصة. . . الحديث م: (**مردود بالكتاب**) ش: لأن العمل بالكتاب أقوى على تقدير أن يكون الكتاب قبله م: (**أو منسوخ به**) ش: أي بالكتاب إن كان بعده . وعن ابن عباس - رضي الله تعالى عنه - أنه قال : قوله : لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان ، كان ذلك ، فأما اليوم فالرضعة الواحدة تحرم، فيجعل ذلك منسوخًا،حكاه عنه أبو بكر الرازي، ومثله روي عن ابن مسعود - رضي الله تعالى عنه- .

وقال ابن بطال : أحاديث عائشة - رضي الله تعالى عنها - مضطربة ، فوجب تركها والرجوع

وينبغي أن يكون في مدة الرضاع لما نبين . ثم مدة الرضاع ثلاثون شهراً عند أبي حنيفة - رحمه الله - ،وقالا : سنتان ، وهو قول الشافعي - رحمه الله - ، وقال زفر - رحمه الله - : ثلاثة أحوال ؛ لأن الحول حسن للتحول من حال إلى حال ، ولا بد من الزيادة على الحولين لما نبين فقدر به . ولهما قوله تعالى ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ﴾ (الأحقاف:الآية١٥) ، ومدة الحمل أدناها ستة أشهر ،فبقي الفصال حولان . وقال النبي عليه السلام « لا رضاع بعد حولين » ،

طبع الصبي‌م: (**وينبغي أن يكون في مدة الرضاع على ما نبين**) ش: أي ينبغي أن يكون الرضاع الذي يتعلق به التحريم في مدة الرضاع لا بعدها ، وفي مدتها اختلاف ، وسنبينه إن شاء الله تعالى . م: (**ثم مدة الرضاع ثلاثون شهراً عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى -**) ش: وعند بعضهم : تثبت حرمة الرضاع في جميع العمر م: (**وقالا : سنتان**) ش: أي قال أبو يوسف ومحمد : ومدة الرضاع سنتان م: (**وهو قول الشافعي**) ش: أي قولهما قول الشافعي ، وبه قال أحمد .

م: (**وقال زفر : ثلاثة أحوال**) ش: أي مدة الرضاع ثلاث سنين ، واختلفت المالكية بعد الحولين إلى شهرين ، وفي «المختصر» : أيام يسيرة ، وقال عبد الملك : شهر ونحوه . وفي «المبسوط» عنه : يقدر بزيادة الشهور . وفي «الحاوي» : مثل نقصان الشهور . وقال أبو الوليد : يحرم بعد الحولين إلى ثلاثة شهور . وذكر الداودي عنه : يحرم بعد سنتين، وعند البصري : أربع سنين، وقيل خمسة عشر سنة ، وقيل : عشرون سنة ، وقيل : أربعون سنة ، وقيل : سنة ، وقيل : جميع العمر كما ذكرنا . م: (**لأن الحول حسن للتحول**) ش: هذا دليل زفر ، أي الحول صالح للتحول، أي للتغير م: (**من حال إلى حال**) ش: باعتبار حولان الحول الموجب لتغيير الطباع ، كما في أجل العنين، والزكاة لاشتمال الحول على الفصول الأربعة . م: (**ولابد من الزيادة على الحولين**) ش: لأن الرضيع لا يحصل فطامه في ساعة واحدة، بل يفطم بالتدريج على وجه ينسى اللبن، ويتعود بالطعام .

ولابد من زيادة مدة م: (**لما نبين**) ش: يعني في وجه قول أبي حنيفة م: (**فقدر**) ش: على صيغة المجهول، أي فتقدر الزيادة م: (**به**) ش: أي بالحول ،فيصير ثلاثة أحوال . م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي يوسف ، ومحمد م: (**قوله تعالى : ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾ (الأحقاف : الآية ١٥) ، ومدة الحمل أدناها ستة أشهر ، فبقى الفصال حولان**) ش: لأنه تعالى قال : ﴿وفصاله في عامين ﴾ ولا رضاع بعد الفصال .

م: (**وقال النبي عليه السلام : لا رضاع بعد حولين**) ش: هذا الحديث رواه الدارقطني بإسناده عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « لا رضاع إلا في حولين » [1] .

---

(١) صحيح موقوف ، و لا يصح رفعه ، رواه الدارقطني في «الرضاع» ص٤٩٨ ، والبيهقي في السنن (٧/ ٤٦٢) عن الهيثم بن جميل ، عن ابن عيينة ، عن عمرو ، عن ابن عباس -مرفوعاً ، قال الدارقطني : لم يسنده عن ابن عيينة غير الهيثم بن جميل ، وهو ثقة حافظ ، وورواه ابن عدي في الكامل (٧/ ١٠٣) في ترجمة الهيثم ، ثم قال : وهذا =

وله هذه الآية ووجهه أنه تعالى ذكر شيئين ، وضرب لهما مدة ، فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالأجل المضروب للدينين، لا أنه قام، و المنقص في أحداهما ، فبقي الثاني على ظاهره

ورواه ابن عدي ولفظه : « لا يحرم من الرضاع إلا ما كان في الحولين » .

وقال صاحب «التنقيح» : والصحيح وقفه على ابن عباس ، ولم أر أحدًا رواه بعد حولين إلا المصنف، فكأنه نقله عن «المبسوط» هكذا .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة م: (**هذه الآية**) ش: يعني قوله تعالى : ﴿وحمله وفصاله﴾ م: (**ووجهه**) ش: أي وجه الاستدلال بها م: (**أنه ذكر شيئين**) ش: يعني الحمل والفصال م: (**وضرب لهما مدة**) ش: وهو قوله تعالى : ثلاثون شهرًا ، فكل ما كان كذلك م: (**فكانت**) ش: أي المدة م: (**لكل واحدة منهما بكمالها ،كالأجل المضروب للدينين**) ش: بأن قال : جعلت الدين الذي على فلان ، والدين الذي على فلان سنة ،يفهم منه تقدير المدة في كل واحد من الدينين م: (**إلا أنه قام**) ش: وحديث الإملاجة والإملاجتان لا يصح ؛ لأنه يرويه مرة عن ابن الزبير عن رسول الله ﷺ، ومرة عن عائشة ، ومرة عن أبيه ، ومثل هذا الاضطراب يسقط .

وفي «المبسوط» : فأمَا حديث عائشة فضعيف جدًا أنه إذا كان متلوًا بعد النبي ﷺ فلماذا ما يتلى ، لأن نسخ التلاوة بعد النبي ﷺ لا يجوز ، وما ذكر أن الداجن دخل البيت ، فأكل القرطاس غير قوي ، لأنه يقوي مذهب الروافض ، فإنهم يقولون : إن الصحابة تركوا كثيرًا من القرآن بعد النبي ﷺ ولم يكتبوه في المصاحف ، وهو قول باطل بالإجماع .

وقيل : عجب من الشافعية لا يعملون بقراءة ابن مسعود في صوم الكفارة ، ويعملون برواية عائشة والقرآن لا يثبت بخبر الواحد ، والعمل بالقراءة الشاذة لا يجوز .

م: (**المنقص في أحداهما**) ش: يعني الحمل وهو حديث عائشة - رضي الله عنها : **لا يبقى الولد في بطن أمه أكثر من سنتين ، ولو بفلكة مغزل** م: (**فبقي الثاني**) ش: وهو الفصال م: (**على ظاهره**) ش: وهو ثلاثون شهرًا ، وهو عدم النص .

فإن قلت : هذا خبر الواحد ، فلا يجوز تفسير الكتاب به .

قلت : أجيب بأن الكتاب مؤول ، قال فخر الإسلام : وعامة أهل التفسير ذكروا أن المضروب

= يعرف بالهيثم بن جميل ،عن ابن عيينة مسنداً ،وغير الهيثم يوقفه على ابن عباس ، ثم قال : هو البغدادي ، ويغلط الكثير عليه ، كما يغلط غيره ، وأرجو أنه لا يتعمد الكذب ، ورواه سعيد بن منصور ، ومعمر ، وابن أبي شيبة ، عن ابن عيينة - به موقوفاً .

ولأنه لا بد من تغيير الغذاء؛ لينقطع الإنبات باللبن ، وذلك بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره فقدرت بأدنى مدة الحمل ؛لأنها مغيرة ، فإن غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع ،كما يغاير غذاء الفطيم،والحديث محمول على مدة الاستحقاق ،وعليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب . قال: وإذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم لقوله عليه السلام : لا رضاع بعد الفصال ،

للدينين يتنوع عليهما بقدر الإمكان ، فلم يكن دلالة الكتاب على ما استدل به المصنف قطعية ، ويؤيده ما روي أن رجلاً تزوج امرأة ، فولدت لستة أشهر ، فجيء بها إلى عثمان - رضي الله تعالى عنه - ، فشاور في رجمها ، فقال ابن عباس -رضي الله تعالى عنه - : إن خاصمتكم بكتاب الله تعالى - خصمتكم ، قالوا : كيف، قال : إن الله تعالى يقول : ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ﴾ (الأحقاف : الآية ١٥) ، وقال الله تعالى : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ﴾ (البقرة: الآية ٢٣٣) ، فحمله ستة أشهر ، وفصاله حولان ، فتركها ، وإذا لم يكن دلالتها على ذلك كذلك لم يلزم التفسير .

م: (**ولأنه**) ش: دليل آخر ، أي ولأن الشأن م: (**لابد من تغيير الغذاء**) ش: في الرضيع م: (**لينقطع الإنبات باللبن**) ش: ويحصل بغيره إبقاء لحياته م: (**وذلك**) ش: أي تغيير الغذاء يكون م: (**بزيادة مدة يتعود الصبي فيها**) ش: أي في تلك المدة م: (**غيره**) ش: أي غير اللبن ، لأن القطع عن اللبن دفعة من غير أن يتعود يهلك ، وهذا هو الذي وعزاه المصنف لزفر، لقوله : لما تبين لكن زفر قيد بسنة كما في العنين ، وأبو حنيفة قدرها : بأدنى مدة الحمل، لأنها مغيرة ، فإن الولد في بطن الأم ستة أشهر يبقى ، ويتغذى بغذاء الأم، وبعد الانفصال غذاؤه اللبن، ويصير أصلاً في الغذاء بالطعام .

م: (**والحديث**) ش: وهو قوله : «لا رضاع بعد الحولين» م : (**محمول على مدة الاستحقاق**) ش : أي الرضاع المستحق، حتى لا تستحق نفقة على الأب بعد ذلك . وقالوا : إن تمام الرضاع في حق استحقاق الأجر على الأب مقدر بحولين ، حتى لو طلق امرأته وطلبت الإرضاع بعد الحولين وأبى الزوج لا يجبر على ذلك ، ولو دفع ذلك في الحولين يجبر على الإعطاء م: (**وعليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب**) ش: أي على استحقاق الصبي الرضاع يحمل قوله حولين كاملين ، بدليل قوله تعالى : ﴿فإن أرادا فصالاً ﴾(البقرة: الآية ٢٣٣) ، وذلك لأن الرضاع لو كان حرامًا بعد الحولين لم يزل الرضاع في زوال الحرمة الثابتة شرعًا . م: (**قال : وإذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم لقوله ﷺ**)[1] ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**لا رضاع بعد الفصال**) ش: هذا الحديث رواه الطبراني في

---

(١) ضعيف : قال الطبراني : حدثنا محمد بن سليمان الصوفي البغدادي بمصر ، ثنا محمد بن عبيد بن ميمون التبان، حدثني أبي ،عن محمد بن جعفر بن أبي كثير عن موسى بن عقبة، عن أبان بن تغلب، عن إبراهيم النخعي، وفيه محمد بن عبيد بن التبان، وفيه كلام وأبوه عبيد بن ميمون ،وهو مستور .

ولأن الحرمة باعتبار النشر، وذلك في المدة إذ الكبير لا يتربى به ،ولا يعتبر الفطام قبل المدة إلا في رواية عن أبي حنيفة -رحمه الله- إذا استغنى عنه ، ووجهه انقطاع النشر بتغير الغذاء ، وهل يباح الإرضاع بعد المدة ؟ فقيل: لا يباح ؛ لأن إباحته ضرورية لكونه جزء الآدمي .

معجمه بإسناده إلى علي - رضي الله تعالى عنه - ، قال رسول الله ﷺ: « لا رضاع بعد فصال، ولا يتم بعد حلم » رواه عبد الرزاق مرفوعًا ، ثم رواه موقوفًا [1] . وقال العقيلي في كتابه : هو الصواب، ورواه الطيالسي في «مسنده »من حديث جابر نحوه . وفي إسناده حزام بن عثمان ، وأعله ابن عدي به بعد أن رواه ، ونقل عن الشافعي وابن معين - رحمهما الله تعالى - أنهما قالا : الرواية عن حزام حرام .

م: (**ولأن الحرمة باعتبار النشر وذلك**) ش: أي النشر م: (**في المدة**) ش: لأن الحرمة في الرضاع باعتبار الصغير لا يتغذى بغيره م: (**إذ الكبير لا يتربى به**) ش: أي باللبن عادة ،بوجوب تغذيته بغيره م: (**ولا يعتبر الفطام قبل المدة**) ش: يعني إذا فطم لا يعتبر م: (**إلا في رواية عن أبي حنيفة**) ش: رواه الحسن عنه م: (**إذا استغنى عنه**) ش: أي عن اللبن .

م: (**ووجهه**) ش: أي وجه ما روي عن أبي حنيفة م: (**انقطاع النشر بتغير الغذاء**) ش: أي انقطاع النشر الصالح باللبن ، يعني أن نشر الصبي باللبن ينقطع بعد استغنائه بالطعام، لتغير غذائه؛ لأن غذاءه كان لبنًا فصار طعامًا ، فلا تثبت الحرمة برضاع اللبن بعد ذلك، ولهذا قال عليه السلام في حديث أبي هريرة : «الرضاع ما فتق الأمعاء ،وكان ذلك قبل الطعام ، وفي «الواقعات» : الفتوى على ظاهر الرواية، لا يعتبر الطعام قبل المدة .

م: (**وهل يباح الإرضاع بعد المدة ، قد قيل : لا يباح ؛ لأن إباحته ضرورية**) ش: أي لأن إباحة اللبن في المدة لضرورة الولد، والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة، فلا يباح بعد المدة لزوال الضرورة م: (**لكونه جزء الآدمي**) ش: أي لكون اللبن جزء الآدمي ، والانتفاع به حرام، لأن الآدمي وجزءه لا يجوز أن يكون مبتذلاً مهانًا ، وسواء كان الإرضاع من الأم ،أو من الأجنبية .

وقال التمرتاشي : واختلف المشايخ في الانتفاع باللبن للدواء، قيل: لم يجز ، وقيل: يجوز إذا علم أنه يزول به الرمد، وفي «الذخيرة» و«الروضة» : فطمت في السنتين ،واستغنت بالطعام ،ثم رضعت في المدة من امرأة أخرى لا يكون رضاعًا، وإن لم تستغن كان رضاعًا ، ذكره الخصاف في

---

(١) رواه البيهقي في «الرضاع » (٧/ ٤٦١) وفيه قال عبد الرزاق: قال سفيان لمعمر : إن جويبرًا حدثنا بهذا الحديث ولم يرفعه . قال معمر : وحدثنا به ،ورفعه، وهو من طريق معمر، عن جويبر عن الضحاك بن مزاحم، عن النزال بن سبرة ،عن علي -مرفوعاً . وفيه جويبر بن سعيد ،وهو ضعيف جداً ،والضحاك وإن كان صدوقًا فإنه كثير الإرسال ،ويظهر أن الاضطراب في رفعه وعدمه من جويبر .

قال: ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ،للحديث الذي روينا ،إلا أم أخته من الرضاع، فإنه يجوز أن يتزوجها ، ولا يجوز أن يتزوج أم أخته من النسب ؛لأنها تكون أمه ،أو موطوءة أبيه بخلاف الرضاع ، ويجوز أن يتزوج أخت ابنه من الرضاع ،ولا يجوز ذلك من النسب ، لأنه لما وطىء أمها حرمت عليه، ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع

رضاعه .

وفي «إملاء بشر بن الوليد » : هو رضاع . وفي «عمدة الفتاوي» : إن خيف عليه الهلاك لفطام قبل سنتين ونصف يطالب بالأجرة. وفي «المحيط» : الرضاع بعد الفطام لا يحرم عند أبي يوسف ، وعند محمد : لا اعتبار بالفطام في الحولين ، بل ذلك عنده محرم. وقال أبو حنيفة ،وأبو يوسف ، ومحمد ،وزفر : لا رضاع بعد مضي المدة ، قاله الأسبيجابي - رحمه الله .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله -: م: (**ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي روينا**) ش: وهو قوله عليه السلام : «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » وقد ذكره في أوائل كتاب النكاح ، واستثني من هذا العموم صورتين :

إحداهما : هو قوله : م: (**إلا أم أخته من الرضاع ،فإنه يجوز أن يتزوجها ،ولا يجوز أن يتزوج أم أخته من النسب ؛لأنها تكون أمه، أو موطوءة أبيه**) ش: أي لأن أم أخته من النسب تكون أمه إذا كانت الأخت لأب م: (**بخلاف الرضاع**) ش: لأن المعنى المذكور لم يذكر فيه .

م: (**ويجوز أن يتزويج أخت ابنه من الرضاع، ولا يجوز ذلك من النسب**) ش: هذه هي الصورة الثانية المستثناة م: (**لأنه لما وطىء أمها**) ش: أي لأن الأب لما وطئ أم أخت ابنه م: (**حرمت**) ش: أي أخت الابن م: (**عليه**) ش : أي على الأب بالمصاهرة م: (**ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع**) .

واعلم أن المصنف لو قال في المسألة الأولى :أم أخته وأخيه لكان أولى ؛ لأن الحكم في الوجهين واحد ، وكذا لو قال في هذه المسألة: أخت ولده ليشمل الذكر والأنثى لكان أولى . وقال الأترازي : وقد سنح في خاطري إنشاء سطر لضبط المسألة.

وما هذا تزوج أم أختك من رضاع ومن نسب محرمة فراع
وأخت ابن رضاعي حلال وما نسب يجوزها اتساع

واعلم أن كل ما لا يحرم من النسب لا يحرم بالرضاع كما ذكرنا في الصورتين ، وها هنا صور أخر تجوز من الرضاع دون النسب :

الأولى : يجوز له أن يتزوج أم عمه من الرضاع دون النسب .

الثانية : يجوز له أن يتزوج بجدة ولده من الرضاع دون النسب .

الثالثة : يجوز له أن يتزوج بعمة ابنه من الرضاع دون النسب .

الرابعة : يجوز لها أن تتزوج بأب أخيها من الرضاع ، ولا يجوز ذلك من النسب.

الخامسة : يجوز له أن يتزوج أم خاله من الرضاع دون النسب .

السادسة : يجوز لها أن تتزوج بأخ ابنتها من الرضاع دون النسب . وجمع بعض فقهاء بخارى المسائل التي تفارق حكم الرضاع حكم النسب ، فقال مرتجزاً :

يفارق الإرضاع حكم النسب ... في خمسة مسطورة في الكتب
أم أخ ، وأم أخت سيدي ... وأم أم الابن فافقه سيدي
وهكذا وقعت أخت الولد ... فاقتبس العلم لكيما تهتدي
وأم عم ، ثم أم عمة ... فافقه مقالي ، لا لقيت عمه
وأم خال ثم أم خالة ... والحق لا يخفى من الجهالة
نكاحهن في الرضاع واقع ... وما عداه فالدليل مانع

وقال شيخنا : واستثنى بعضهم [من] قوله : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب أربع مسائل ، استثناها الرافعي في الشرح ، وزادها بعضهم إلى ثلاث مسائل أخرى ، وقد نظم بعض الفضلاء المسائل الأربعة التي استثناها الرافعي في بيتين، وذيلت عليها بالمسائل الثلاثة الأخرى في بيتين آخرين ، والبيتين هما :

أربع في الرضاع هن حلال ... وإذا ما نسبتهن حرام
جدة ابن، وأخته ثم ... أم لأخيه، وحافر والسلام

والذي زاد شيخنا هو قوله :

عزز بأم عم ،وخال ،وأخ ... ابن فتلك سبع تمام

وهي ليست بواردات على النص، ولا الشافعي وهو الأم .

م: (وامرأة أبيه ،أو امرأة ابنه من الرضاع لا يجوز أن يتزوجها ،كما لا يجوز ذلك في النسب لما روينا)

ش: وهو قوله ﷺ : « **يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب** » (١) . وعند الشافعي : **يجوز تزوج حليلة** الابن من الرضاع ، قوله : وامرأة أبيه صورته امرأة تزوج بها زوج المرضعة ، ثم فارقها فإنها لا تحل

(١) صحيح : تقدم .

وذكر الأصلاب في النص لإسقاط اعتبار التبني على ما نبينه . ولبن الفحل يتعلق به التحريم ،وهو أن ترضع المرأة صبيـة فتحرم هذه الصبـية على زوجها ،وعلى آبائه وأبنائه، ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن أباً للرضيعة ، وفي أحد قولي الشافعي -رحمه الله-لبن الفحل لا يحرم ، لأن الحرمة بشبهة البعضية ، واللبن بعضها لا بعضه . ولنا ما روينا ،

لولده أن يتزوجها كما لا يجوز ذلك في النسب لما روينا، وهو قوله ﷺ: « **يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب** » .

م: (**وذكر الأصلاب في النص**) ش: هذا جواب عما يقال: إنه تعالى حرم حليلة الابن من الصلب، وحليلة الابن من الرضاع ينبغي أن لا تحرم، لأن هذا ليس من صلبه فأجاب بقوله: وذكر الأصلاب في النص ، وهو قوله تعالى: ﴿ وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم ﴾ (النساء : الآية ٢٣) م: (**لإسقاط اعتبار التبني**) ش: فإن حليلة الابن المتبنى كانت حرامًا في الجاهلية .

فإن قيل : لم لا يجوز أن يكون لإسقاط حليلته من الرضاع، أو لإسقاطهما جميعًا، وما وجه ترجيح جانب حليلة الابن المتبنى في الإسقاط .

أجيب : بأن حرمة الحليلة من الرضاع ثابتة بالحديث المشهور، وهو قوله ﷺ : «يحرم من الرضاع» الحديث ، فحملناه على حليلة الابن المتبنى ،لئلا يلزم التدافع بين موجب الكتاب والسنة المشهورة .

م: (**على ما نبينه**) ش: في فصل المحرمات م: (**ولبن الفحل يتعلق به التحريم**) ش: الإضافة في لبن الفحل من باب إضافة الشيء إلى سببه ؛ لأن سبب اللبن هو الفحل ، وقوله : يتعلق به التحريم قول عامة أصحاب الشافعي - رحمه الله تعالى - ومالك وأحمد -رحمهما الله تعالى - .

وفي «المبسوط» : قال بعض العلماء - وهو داود ، وابن علية - : لم يتعلق به التحريم ، وهو أحد قولي الشافعي ، ولكن ذكر في شرح «الوجيز» : ويتعلق بلبن الفحل التحريم عند عامة العلماء . وعن بعض الصحابة خلافه ، واختاره عبد الرحمن ابن بنت الشافعي ،رواه عن الشافعي، لأن النص ذكر حرمة الرضاع في جانب النساء ، ولأن الحرمة لا تثبت في حق الرجال بحقيقة فعل الإرضاع منه ، حتى لو نزل له لبن، فأرضع به صبيًا لا تثبت الحرمة ، فلأن لا تثبت بإرضاع زوجته أولى ، وفي شرح «الأقطع» : روي عن سعيد بن المسيب وإبراهيم النخعي . أن لبن الفحل لا يحرم .

م: (**وهو أن ترضع المرأة صبية، فتحرم هذه الصبية على زوجها، وعلى آبائه وأبنائه، ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن أبًا للرضيعة ، وفي أحد قولي الشافعي : لبن الفحل لا يحرم ؛ لأن الحرمة لشبهة البعضية ، واللبن بعضها لا بعضه ، ولنا ما روينا**) ش: **وهو قوله ﷺ: « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب »** .

والحرمة بالنسب من الجانبين، فكذا بالرضاع ، وقوله عليه السلام لعائشة -رضي الله عنها- :«ليلج عليك أفلح ؛فإنه عمك من الرضاعة »

وفي رواية عائشة - رضي الله تعالى عنها - : «يحرم من الرضاعة ما يحرم بالولادة » فقد ألحقه بالنسب .

وأشار إلى وجه الاستدلال بالحديث المذكور بقوله : م: (**والحرمة بالنسب**) ش: تثبت م: (**من الجانبين**) ش: أي من جانبي الرجل والمرأة م: (**فكذا بالرضاع**) ش: أي فكذا بسبب الرضاع الحاصل بسبب الحرمة من الجانبين .

فإن قيل : الحرمة هنا تثبت باللبن ، واللبن منها لا منه ، ولهذا يتحقق نزول اللبن من البكر .

قلنا : اللبن منه أيضًا، لأن سببه الولادة ، وهو الإحبال وهو نسبه ، فتثبت الحرمة بينهما كما في النسب ، ونزول اللبن بلا إصابة الفحل نادر، فلا عبرة به .

م: (**وقوله ﷺ لعائشة - رضي الله تعالى عنها - : ليلج عليك أفلح ؛ فإنه عمك من الرضاعة**) ش: الحديث رواه الأئمة الستة في كتبهم عن عائشة - رضي الله تعالى عنها - قالت : دخل عليّ أفلح بن أبي القعيس فاستترت منه ، فقال : تستترين مني وأنا عمك، قلت : من أين؟ ، فقال : أرضعتك امرأة أخي ، قالت : إنما أرضعتني المرأة ، ولم يرضعني الرجل ، فدخلت على رسول الله ﷺ فحدثته فقال : « إنه عمك ، فليلج عليك» وجه الاستدلال به أن العم من الرضاع لا يكون إلا باعتبار لبن الفحل .

وفي «المبسوط» : قوله : ليلج أمر للغائب من الولوج بالجيم ، وهو الدخول ، وأصله ليولج ، لأنه من ولج يلج ، ولو جاز فأصل يلج يولج ، فحذفت الواو لوقوعها بين الياء والكسرة ، فحذفت فصار يلج ، وكذا حذفت من سائر تصرفات هذه المادة وعليك بكسر الكاف ؛ لأنه خطاب لعائشة أم المؤمنين - رضي الله تعالى عنها - ، قوله : أفلح بالرفع فاعل فلح ، وأفلح بفتح الهمزة وسكون الفاء وبالحاء المهملة على الرجل الذي هو ابن أبي القعيس كما هو المذكور في الحديث المذكور ، وهذا في رواية لمسلم هكذا أفلح بن أبي القعيس ، وهكذا في أكثر الروايات .

وفي «الصحيحين» أيضًا والنسائي من طريق مالك أن أفلح أخا أبي القعيس ، جاء يستأذن عليها وهو عمها من الرضاعة ، وفي رواية لمسلم والنسائي قالت : استأذن عليّ عمي من الرضاعة أبو الجعد، فرددته . قال هشام : إنما هو أبو القعيس ، والصواب : أنه أفلح كنيته أبو الجعد ، وهو أخو أبي القعيس ، قال القرطبي في «المفهم» : هو الصحيح ، وما سوى ذلك وهم ، ولا يعرف لأبي القعيس ، ولا لأخيه أفلح ذكر إلا في هذا الحديث ، ويقال : إنهما في الأشعريين .

ووقع في رواية الترمذي هكذا عن عائشة - رضي الله تعالى عنها - قالت : جاء عمي من

ولأنه سبب لنزول اللبن منها فيضاف إليه في موضع الحرمة احتياطاً ، ويجوز أن يتزوج الرجل بأخت أخيه من الرضاع ، لأنه يجوز أن يتـزوج بأخت أخيه من النسب ، وذلك مثل الأخ مـن الأب إذا كانت له أخت من أمه جاز لأخيه من أبيه أن يتزوجها ، وكل صبيين اجتمعا

الرضاعة يستأذن علي . . . الحديث ، هكذا وقع منهما من غير تعريف له باسم أو كنية ، أو غيرهما . وقال شيخنا زين الدين - رحمه الله تعالى - في تفسير رواية الترمذي : جاء عمي من الرضاعة ، اختلف في كيفية ثبوت العمومة لأفلح هذا ، فزعم بعضهم ممن رأى أن لبن الفحل لا يحرم بالنسبة إلى الفحل ، والراجح أن أفلح هذا رضع مع أبي بكر الصديق - رضي الله تعالى عنه - ، فكان عمّا لعائشة من الرضاعة ، ولهذا أخطأ برده الأحاديث الصحيحة .

والصواب أن عائشة - رضي الله تعالى عنها - ارتضعت من امرأة أبي القعيس ، وأفلح أخو أبي القعيس ، فصار عمّا من الرضاعة ، كما ثبت مصرحًا به في الصحيحين من رواية عراك ، عن عروة ، عن عائشة - رضي الله تعالى عنها - قالت : استأذن عليّ أفلح ، أخو أبي القعيس الحديث ، وأطنب شيخنا الكلام في هذا الحديث .

وذكر فيه فوائد ، منها أنه قد يستدل بقول عائشة - رضي الله تعالى عنها - ولم يرضعني الرجل على أنه لو كان للرجل لبن فأرضع أنه يحرم ، وهو قول الكرابيسي من أصحاب الشافعي ، والصحيح أنه لا يتعلق به حرمة ، ولكن قد نص الشافعي في «البويطي» على أنه إذا نزل للرجل لبن فأرضعه صبية كره له نكاحها .

م: (**ولأنه**) ش: أي لأن الزوج م: (**سبب لنزول اللبن منها ، فيضاف إليه في موضع الحرمة احتياطًا**) ش: أي إلى الزوج لا يقال : إنه إضمار قبل الذكر ، لأن الشهوة تقوم مقام الذكر كما في قوله تعالى : ﴿حتى توارت بالحجاب﴾ (ص : الآية ٣٢) ، أي الشمس ؛ لأن الموضع موضع الحرمة ، فيجعل كأن البعضية حصلت بين الرضيع وبين الزوج .

م: (**ويجوز أن يتزوج الرجل بأخت أخيه من الرضاع ؛ لأنه يجوز أن يتـزوج بأخت أخيه من النسب ، وذلك مثل الأخ من الأب إن كانت له أخت من أمه جاز لأخيه من أبيه أن يتزوجها**) ش: أوضح الأترازي كلام المصنف بقوله : هذا مثل أن يرضع زيد من أم عمرو ، فيجوز لعمرو أن يتزوج أخت زيد نسبًا ، وإن كان زيد أخاه من الرضاع ، كما في النسب ، ذلك مثل الأخوين لأب ، ولأحدهما أخت من أمه من غير أمها جاز للأخ الآخر أن يتزوج أخته ، لأن هذه أجنبية في حق الأخ لأب ، وعلى هذا أخت الأخت من الرضاع ، وأخت الأخت من النسب ، وكان ينبغي أن يقول : أخت أخيه ، أو أخته من الرضاع ، ويقول : أخت أخيه ، وأخته من النسب ، لكن اكتفى بذكر الأخ لظهور ذلك .

م: (**وكل صبيين**) ش: أراد بهما الصبي والصبية بطريق التغليب ، كما في العمرين لأبي بكر

على ثدي واحد لم يجز لأحدهما أن يتزوج بالأخرى ، هذا هو الأصل ، لأن أمهما واحدة ،فهما أخ وأخت ، ولا تتزوج المرضعة أحداً من ولد التي أرضعت ، لأنه أخوها ، ولا ولد ولدها ، لأنه ولد أخيها ، ولا يتزوج الصبي المرضع أخت زوج المرضعة ؛ لأنها عمته من الرضاع . وإذا اختلط اللبن بالماء، واللبن هو الغالب تعلق به التحريم ، وإن غلب الماء لم يتعلق به التحريم، خلافاً للشافعي -رحمه الله-

---

وعمر - رضي الله تعالى عنهما - ، فيغلب المذكر على المؤنث، .والأخف على الأثقل م: (**اجتمعا على ثدي واحد**) ش: لآدمية كيفما كان م: (**لم يجز لأحدهما أن يتزوج بالأخرى**) ش: لأنهما أخ وأخت لأب وأم من الرضاعة ، فلا يجوز كما في النسب ، هذه المسألة من مسائل القدوري ، ولفظ القدوري على ثدي واحد على كورة وواحدة صفة لثدي ، والمراد ثدي المرأة كما قدمنا . وفي بعض النسخ «وقع على ثدي واحدة » ، بإضافة الثدي إلى واحدة ، وبتأنيث الواحدة على تقدير امرأة واحدة ، وهكذا شرحه الأترازي ؛ لأن في نسخة «على ثدي واحدة »،وكذا قال في «النهاية» على ثدي واحدة ، كذا حتى لو اجتمعا على ضرع بهيمة واحدة لم يحرم أحدهما على الآخر ، فكان هو بمنزلة طعام أكلاه من إناء واحد .

م: (**هذا هو الأصل**) ش: أي اجتماع الصبيين على ثدي امرأة واحدة هو الأصل في باب الحرمة م: (**لأن أمهما**) ش: أي أم الصبيين م: (**واحدة فهما**) ش: أي الصبيان م: (**أخ وأخت**) ش: والأخت حرام على الأخ من النسب والرضاع جميعًا .

م: (**ولا تتزوج المرضعة أحدًا**) ش: المرضعة بفتح الضاد، أي لا تتزوج الصبية المرضعة م: (**من ولد التي أرضعت**) ش: أي من ولد المرأة التي رضعت الصبية، وقال الكاكي : المرضعة بفتح الضاد، هكذا عن الثقات ، وبصيغة الفاعل غير صحيح يعرف بالتأمل . وقال السغناقي : المرضعة بصيغة اسم المفعول، وبالرفع على الفاعلية ،ونصب أحدًا على المفعولية، هذا هو الأصح من النسخ . وفي نسخة أخرى : ولا تتزوج المرضعة أحدًا من ولد التي أرضعت ، بعكس الأولى في الفاعلية والمفعولية ، وهذا أيضًا صحيح ، فإن كلاهما بخط شيخي - رحمه الله تعالى - .

م: (**لأنه أخوها**) ش: أي لأن الأحد الذي ولد ولد التي أرضعتها م: (**لأنه ولد أخيها**) ش: كما في النسب م: (**ولا يتزوج الصبي المرضع**) ش: بفتح الضاد م: (**أخت زوج المرضعة ، لأنها عمته من الرضاع**) ش: كما لا يجوز في النسب .

م: (**وإذا اختلط اللبن بالماء ،واللبن هو الغالب**) ش: أي والحال أن اللبن هو الغالب على الماء م: (**تعلق به التحريم**) ش: لأن الحكم للغالب م: (**وإن غلب الماء لم يتعلق به التحريم ،خلافًا للشافعي**) ش: فإن عنده على الأصح يتعلق به التحريم إذا كان مقدار خمس رضعات من اللبن، وبه قال أحمد، وكذا الخلط بالدواء ، أو بلبن بهيمة، أو بكل مائع أو جامد، واعتبر مالك أن يكون اللبن مستهلكًا في

هو يقول :إنه موجود فيه حقيقة ، ونحن نقول: المغلوب غير موجود حكماً ، حتى لا يظهر بمقابلة الغالب،كما في اليمين ، وإن اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم ، وإن كان اللبن غالباً عند أبي حنيفة -رحمه الله- ، وقالا: إذا كان اللبن غالباً يتعلق به التحريم . قال -رضي الله عنه- قولهما فيما إذا لم تمسه النار حتى لو طبخ بها لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعاً .

جميع ذلك ، لعدم تعلق التحريم به .

م: (**هو يقول:إنه**) ش: أي الشافعي يقول : إن اللبن م: (**موجود فيه حقيقة**) ش: غاية ما في الباب أن اللبن هالك ، يعني لفوات منفعته بغلبة الماء ، فدارت الحرمة بين الثبوت وعدمه، فتغلب الحرمة احتياطًا . م: (**ونحن نقول: المغلوب غير موجود حكمًا ، حيث لا يظهر لمقابلة الغالب ، كما في اليمين**) ش: بأن حلف لا يشرب اللبن ، فشرب لبنًا مغلوبًا بماء لا يحنث. لكن للخصم أن يجيب عنه ويقول : إن الأيمان مبنية على العرف، فلا يحنث، لأنه في العرف لا يسمى المغلوب لبنًا، أما الحرمة فمبنية على وجود اللبن، ولكن الأولى أن نقول: إن الحرمة لا تتعلق بصورة الإرضاع ، ووجود اللبن كما في «الكبير» بالإجماع، بل يتعلق باعتبار إنشاز العظم ، وإنبات اللحم ، والمغلوب لا يحصل الإنشاز والإنبات ، لأنه لا يحصل التغذي به . فإن قيل : يشكل هذا بما لو وقعت قطرة دم، أو خمر في جب من ماء ، حيث ينجسه، وإن كان الماء غالبًا حقيقة .

قلنا : لما لم يكن الماء كثيرًا شرعًا بأن لم يكن عشرًا في عشر لم يكن غالبًا حكمًا، فتعارضتا فرجحنا حجة النجاسة احتياطًا، كذا نقل عن العلامة حميد الدين الضرير . قال الكاكي : لكن سمعت شيخي العلامة مولانا عبد العزيز - رحمه الله تعالى - أن الرجحان الذاتي، إنما يكون راجحًا سابقًا على الرجحان الحالي ، إذا لم يكن في الحادثة نص، وقد وجد النص ها هنا ، وهو قوله ﷺ: « لا يبولن أحدكم في الماء الدائم . . . » الحديث. وقوله عليه السلام : « إذا بلغ الماء قلتين. . . » الحديث ، وقوله عليه السلام : «الماء طهور . . . » الحديث [1] ، فلا يعتبر الرجحان الذاتي ؛ لأنه يثبت بالاجتهاد ، ولا اختيار للاجتهاد في مقابلة النص .

م: (**وإن اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم ، وإن كان اللبن غالبًا عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى-**) ش: كلمة إن واصلة بما قبله ، وذكر في شرح «الطحاوي» : أن اللبن إذا كان غالبًا بحيث يتقاطر من الطعام، فعند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - لا يكون رضاعًا ، خلافًا لصاحبيه .

م: (**وقالا : إذا كان اللبن غالبًا يتعلق به التحريم . قال**) ش: أي المصنف - رحمه الله تعالى- م: (**قولهما**) ش: أي قول أبي يوسف ومحمد م: (**فيما إذا لم تمسه النار**) ش: أي فيما لم تمس اللبن النار م: (**حتى لو طبخ فيها**) ش: أي طبخ اللبن بالنار م: (**لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعًا**) ش: لأنه لا

---

(١) الأحاديث الثلاثة تقدمت في كتاب الطهارة فراجعها هناك .

لهما أن العبرة للغالب ، كما في الماء إذا لم يغيره شيء عن حاله . وله حنيفة -رحمه الله- أن الطعام أصل ،واللبن تابع له في حق المقصود ،فصار كالمغلوب، ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح ؛لأن التغذي بالطعام إذ هو الأصل ، وإن اختلط بالدواء واللبن غالب ، تعلق به التحريم ، لأن اللبن يبقى مقصوداً فيه ، إذ الدواء لتقويته على الوصول

يتغير بالطبخ من غيره عن طعمه وصفته ، وذكر خواهر زاده : أن على قول أبي حنيفة : إنما لا يثبت إذا أكل لقمة لقمة ، أما إذا حشاه حشواً يثبت به ، وقيل: إذا وصل اللبن إلى حلقه معقوداً فلا خلاف فيه ، وإذا تناول الثريد فلا خلاف فيه ، وفي كتاب الرضاع للخصاف : إذا ثردت له خبزًا في لبنها حتى يشرب الخبز ذلك اللبن، أو لّت به سويقًا فأطعمته إياه إن كان طعم اللبن يوجد ، فهذا رضاع ، وذكر صاحب «الأجناس» أنه قولهما . وفي «الرافعي» : ولو ثردت في اللبن طعامًا، أو عجنت به دقيقًا وخبزت تعلق به الحرمة . وفي العجن : والخبز وجه عن القاضي حسين .

م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد م: (**أن العبرة للغالب ، كما في الماء**) ش: أي كما إذا خلط بالماء اللبن، وهو الغالب م: (**إذا لم يغيره شيء عن حاله**) ش: يعني إذا لم يغير اللبن شيئًا عن حاله بالطبخ ، كما إذا خلط لبن المرأة بالماء ، واللبن هو الغالب .

م: (**وله**) ش: أي لأبي حنيفة م: (**أن الطعام أصل ، واللبن تابع له في حق المقصود**) ش: وهو الأكل بالوصول إلى المعدة ، ولهذا يؤكل ولا يشرب، وغير المائع يستتبع المائع م: (**فصار**) ش: أي اللبن م: (**كالمغلوب**) ش: فيه نظر ، لأن المغلوب غير موجود حكمًا، أما ما لم يكن مغلوبًا ويكون كالمغلوب، فلا نسلم أنه ليس بموجود. والجواب : أن هذه مناقشة لفظية تندفع بجعل الكاف زائدة .

م: (**ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة م: (**هو الصحيح ، لأن التغذي بالطعام إذ هو الأصل**) ش: قيد بالصحيح احترازًا عما قيل : إن الرضاع إنما لا يثبت بالطعام إذا لم يتقاطر اللبن عند حمل اللقمة ، أما إذا تقاطر منه اللبن يثبت به التحريم عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - ، لأن القطرة من اللبن إذا دخلت حلق الصبي كافية لإثبات الحرمة ، والصحيح عدم ثبوت الحرمة بكل حال، وعلله المصنف بقوله : لأن التغذي بالطعام إذ هو الأصل، لأن الأصل في الباب التغذي ، فيكون اللبن تابعًا له في حق المقصود .

م: (**وإن اختلط**) ش: أي اللبن م: (**بالدواء واللبن غالب**) ش: أي والحال أن اللبن هو الغالب م: (**تعلق به التحريم ؛ لأن اللبن يبقى مقصودًا فيه ، إذ الدواء لتقويته**) ش: أي لتقوية اللبن م: (**على الوصول**) ش: أي ما لا يصل بانفراده .

فإن قلت : إذا كان الدواء لتقويته على الوصول وجب أن يستوي الغالب والمغلوب ؛ لأن وصول قطرة منه يحرم . قلت : النظر ها هنا إلى المقصود، فإذا كان غالبًا كان القصد إلى التغذي به ،

وإذا اختلط اللبن بلبن الشاة ، وهو الغالب تعلق به التحريم ، وإن غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم اعتباراً للغالب ، كما في الماء ، وإذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم بأغلبهما عند أبي يوسف-رحمه الله- لأن الكل صار شيئاً واحداً ،فيجعل الأقل تابعاً للأكثر في بناء الحكم عليه . وقال محمد وزفر -رحمهما الله- :يتعلق التحريم بهما ، لأن الجنس لا يغلب الجنس ، فإن الشيء لا يصير مستهلكاً في جنسه وإنما يصير مستهلكًا في غير جنسه لاتحاد المقصود . وعن أبي حنيفة -رحمه الله- في هذا روايتان ، وأصل المسألة في الأيمان ، وإذا نزل للبكر لبن فأرضعت صبياً تعلق به التحريم لإطلاق النص

والدواء لتقويته على الوصول ، وإن كان مغلوبًا على القصد إلى التداوي واللبن لتقوية الدواء ، يشير إلى هذا بقوله : وإذا خلط ، دون اختلط ، وقوله : لأن اللبن يبقى مقصودًا .

م: (**وإذا اختلط اللبن بلبن شاة ،وهو الغالب**) ش: أي إذا اختلط لبن المرأة بلبن شاة ، ولبن المرأة غالب م: (**يتعلق به التحريم ، باعتبار الغالب ،كما في الماء**) ش: أي كما إذا اختلط بالماء ، حيث يعتبر الغلبة .

م: (**وإذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم بأغلبهما عند أبي يوسف ؛ لأن الكل صار شيئًا واحدًا ، فيجعل الأقل تابعًا للأكثر في بناء الحكم عليه**) ش: وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة .

م: (**وقال زفر ومحمد : يتعلق التحريم بهما**) ش: أي يتعلق التحريم بالمرأتين م: (**لأن الجنس لا يغلب الجنس ، فإن الشيء لا يصير مستهلكًا في جنسه ، وإنما يصير مستهلكًا في غير جنسه لاتحاد المقصود**) ش: أي لاتحاد مقصودهم ، فلا ينتفي القليل، ويتعلق به التحريم م: (**وعن أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - في هذا روايتان**) ش: في رواية . كما قال أبو يوسف ، وبه قال الشافعي في قول. وفي رواية كما قال محمد، وهو قول زفر والشافعي في قول. وفي «الغاية» : وقول محمد أظهر وأحوط فيه ، وفي «الرافعي» : اختلط لبن امرأتين، وغلب أحدهما ، فإن علقنا الحرمة بالمغلوب تثبت الحرمة منهما، وإلا اختصت بالتي غلب لبنها .

م: (**وأصل المسألة في الأيمان**) ش: أي فيما إذا حلف أن لا يشرب من لبن هذه البقرة وانخلط لبنها بلبن بقرة أخرى فشربه ، فهو على الخلاف المذكور ، فعند محمد يحنث، لأن الجنس لا يغلب على الجنس ، وعندهما : لا يحنث .

م: (**وإذا نزل للبكر لبن فأرضعت صبيًا تعلق به التحريم لإطلاق النص**) ش: وهو قوله تعالى : ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم﴾ (النساء : الآية ٢٣) ، مطلق لا فصل فيه بين البكر والثيب، وهذا الاختلاف فيه للأئمة الأربعة . وعن الشافعي وجه أنه لا يتعلق به التحريم، وبه قال أحمد في رواية، لأنه قادر، فأشبه لبن الرجل، ولكن نص الشافعي أنه يتعلق به التحريم .

ولأنه سبب للنشوء فتثبت به شبهة البعضية . وإذا حلب لبن المرأة بعد موتها فأوجر به الصبي تعلق به التحريم ، خلافاً للشافعي -رحـمه الله-،هو يقول: الأصل في ثبوت الحرمة ، إنما هو المرأة ،ثم تعدى إلى غيـرها بواسطتهـا، وبالموت لم تبق محلاً لهـا ، ولهذا لا يوجب وطئـها حرمـة المصاهرة . ولنا أن السبب هو شـبهة الجزئية ، وذلـك في اللبن ، لمعنى الإنشاز والإنبات ،وهو قائم باللـبن ، وهذه الحرمة تظهر في حق الميـتة دفناً وتيـممًا . أما الحـرمة في الوطء لكونه مـلاقياً لمحل الحـرث ، وقد زال بالموت فافترقا ،

وفي «المغني» : نزل للبكر لبن من غيـر وطء فأرضعت به طفـلاً ، ثبت به الحـرمة، وبه قـال مالك، والثوري ،والشافعي ، وأصح الروايتين عن ابن حنبل. وقال أبو بكر بن المنذر : وهذا قول كل من يحفظ عنه . م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن لبن البكر م: (**سبب للنشوء، فتثبت به شبهة البعضية**) ش: ويتعلق به الحرمة للاحتياط .

م: (**وإذا حلب لبن المرأة بعد موتهـا ، فأوجر به الصبي**) ش: على صيغة المجهول من الوجر، وهو الدواء الذي يصب في وسط الفم ، يقال : أوجرته الدواء وجرة ،واحد المفعولين وأوجر الصبي ، قام مقام الفاعل، والآخر هو الصبي ،أي أوجر لبن المرأة الصبي، ويجوز أن يرفع الصبي بالفعل على ترك المفعول الآخر وهو اللبن ، أي أوجر الصبي اللبن .

م: (**تعلق به التحريم خـلافًا للشافعي ، هو**) ش: أي الشافعي م: (**يقول : الأصل في ثبـوت الحرمة**) ش: أي حرمة الرضاع م: (**إنما هو المرأة ثم يتعدى إلى غيرها بواسطتها ،وبالموت لم يبق محلاً لها**) ش: أي للتحرمة م: (**ولهـذا**) ش: أي ولأجل عـدم المحل بالموت م: (**لا يوجب وطئـها**) ش: أي وطء الميتة م: (**حرمـة المصاهرة**) ش: وقيد بقوله : بعد موتها ؛ لأنه لو حلب قبل الموت لا يتأتى خلاف الشافعي، فإن عنده على الأظهر يتعلق به التحريم كمذهبنا، وبقولنا قال مالك وأحمد.

م: (**ولنا أن السبب**) ش: أي سبب الحرمة م: (**هو شبهة الجزئية**) ش: بسبب الرضاع م: (**وذلك**) ش: أي السبب ، وهو شبهة الجزئية م: (**في اللبن**) ش: أي حاصل في رضاع اللبن م: (**لمعنى الإنشاز والإنبـات، وهو**) ش: أي المعنى المذكور م: (**قائم باللبن ، وهذه الحـرمة**) ش: جواب عما قال الخصم : إنهـا بـالموت لم تبق محلاً، بيانه أن الحرمة بسبب الرضاع م: (**تظهر في حق الميـتة دفنًا**) ش: أي مـن حيث جواز الدفن م: (**وتيمـمًا**) ش: أي من حيث جواز التيمم، وهو مصدر من يمم، يقال : يممت المريض، فتيمم إذا مسحت وجهه ويديه ، ويقال أيضًا : يممت الميت ، وصورته : كانت الصغيرة المرضعة ذات زوج ،فزوجها يصير محرمًا للميتة ، لأن الميتة أم امرأته، فيجوز له دفنها وتيممها .

م: (**أمـا الحرمـة في الوطء**) ش: جواب عن قوله : ولهذا لا يوجب حرمة المصاهرة بالوطء إنما تثبت م: (**لكونه**) ش: أي لكون الوطء م: (**ملاقيًا لمحل الحرث**) ش: لتثبت به الجزئية م: (**وقد زال**) ش: أي محل الحرث م: (**بالموت فافترقا**) ش: أي الرضاع والوطء يعني لا يقاس ذلك على هذا بعد الموت

وإذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم . وعن محمد -رحمه الله- أنه يثبت به الحرمة،كما يفسد به الصوم ، ووجه الفرق على الظاهر أن المفسد في الصوم إصلاح البدن ، ويوجد ذلك في الدواء ، فأما المحرم في الرضاع معنى النشر ، ولا يوجد ذلك في الاحتقان ، لأن المغذي وصوله من الأعلى ،وإذا نزل للرجل لبن فأرضع صبياً لم يتعلق به التحريم ، لأنه ليس بلبن على التحقيق ، فلا يتعلق به النشوء والنمو ، وهذا لأن اللبن إنما يتصور ممن يتصور منه الولادة .

لوجود الفارق .

م: (**وإذا احتقن الصبي باللبن**) ش: من الحقنة ، وهو دواء يجعل في خريطة من أدم يقال لها المحقنة ، ويعطى المريض من أسفله ، وهي معروفة بين الناس، وفي «المغرب» : احتقن بالضم غير جائز، وإنما الصواب : حقن أو عولج بالحقنة م: (**لم يتعلق به التحريم**) ش: أي لم يتعلق بالاحتقان التحريم ، هذا هو ظاهر الرواية عن أصحابنا، ولهذا لم يذكر الخلاف في «الجامع الصغير»، وقد ذكر الكرخي المسألة ، ولم يحك الخلاف ، وكذا لا يتعلق التحريم بالإقطار في الإحليل، والأذن، والجائفة ، وبه قال الشافعي في الجديد، ومالك ،وأحمد .

م: (**وعن محمد أنه يثبت به الحرمة، كما يفسد به الصوم**) ش: وبه قال الشافعي في القديم ، وهو اختيار المزني ، وكذا قال الشافعي في قوله القديم في الإقطار في الإحليل ،وفي الأذن، وفي الجائفة إذا وصل إلى الجوف، والضمير في أنه ،وفي به في الموضعين يرجع إلى الاحتقان الذي يدل عليه قوله : احتقن .

م: (**ووجه الفرق على الظاهر**) ش: أي على ظاهر الرواية عن أصحابنا م: (**أن المفسد في الصوم إصلاح البدن، ويوجد ذلك**) ش: أي إصلاح البدن م: (**في الدواء، وأما المحرم**) ش: بكسر الراء المشددة م: (**في الرضاع معنى النشر، ولا يوجد ذلك في الاحتقان ؛ لأن المغذي**) ش: بضم الميم وفتح الغين المعجمة والذال المشددة اسم فاعل من الغذاء م: (**وصوله من الأعلى**) ش: أي من أعلى البدن ، يعني إلى الأعضاء العليا ، وبالحقنة يصل اللبن إلى الأعضاء السفلى، لا إلى العليا، فلا يحصل معنى الغذاء ، فلا يثبت التحريم بخلاف الصوم ، فإن المفسد فيه وصول ما فيه إصلاح البدن إلى الجوف، وقد حصل هذا المعنى في الحقنة ،فيفسد الصوم .

م: (**وإذا نزل للرجل لبن ، فأرضع به صبيًا لم يتعلق به التحريم**) ش: ولا خلاف للأئمة الأربعة فيه . وعن الكرابيسي من أصحاب الشافعي : أنه يثبت به التحريم ، وقد ذكرناه مرة م: (**لأنه**) ش: أي لأن لبن الرجل م: (**ليس بلبن على التحقيق**) ش: كدم السمك ليس بدم على التحقيق، فصار كما لو نزل من ثدي البكر ماء أصفر ،فلا يتعلق به شيء . وفي «المغني» : ولبن الخنثى كلبن الرجل م: (**فلا يتعلق به النشوء والنمو ، وهذا**) ش: إشارة إلى قوله : لأنه **ليس** بلبن، أي على التحقيق م: (**لأن اللبن إنما يتصور ممن يتصور منه الولادة**) ش: فالرجل لا يتصور منه الولادة ، فلا يتعلق به التحريم .

وإذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم ؛ لأنه لا جزئية بين الآدمي والبهائم ، والحرمة باعتبارها . وإذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة، فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج ؛ لأنه يصير جامعاً بين الأم والبنت رضاعاً، وذلك حرام ، كالجمع بينهما نسباً ، ثم إذا لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها ، لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها ، وللصغيرة نصف المهر ، لأن الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع ، وإن كان فعلاً منها

م: (**وإذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم ؛ لأنه لا جزئية بين الآدمي والبهائم ، والحرمة باعتبارها**) ش: أي باعتبار الجزئية .

م: (**وإذا تزوج الرجل صغيرة ، وكبيرة ، فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج**) ش: فيفسخ النكاح ، وبه قال الشافعي وأحمد، وحكي عن مالك أنه إذا لم يدخل بالكبيرة بطل نكاحها ، ويثبت نكاح الصغيرة ؛ لأن الفرقة جاءت منها ، وببطلان نكاحها لم يبق الجمع ، وعن الأوزاعي أنه إذا لم يدخل بالكبيرة يثبت نكاحها ، ويبطل نكاح الصغيرة م: (**لأنه يصير جامعًا بين الأم والبنت رضاعًا**) ش: أي من حيث الرضاع م: (**وذلك**) ش: أي الجمع بين الأم والبنت م: (**حرام كالجمع بينهما**) ش: أي بين الأم والبنت م: (**نسبًا**) ش: أي من حيث النسب .

م: (**ثم إذا لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها**) ش: أي للكبيرة، سواء قصدت الفساد أو لا ، وجاز أن يتزوج الصغيرة مرة أخرى ؛ لأنها ربيبة ولم يدخل بأمها، ولا يتزوج الكبيرة؛ لأنها أم امرأته م: (**لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها، وللصغيرة نصف المهر؛ لأن الفرقة وقعت لا من جهتها**) .

فإن قيل : يشكل بمسألة الصغيرة ارتد أبوها ولحقا بدار الحرب بانت، ولا يقضي لها بشيء من المهر ، ولم يوجد الفعل منها .

قلنا : لما حكمنا بارتدادها تبعًا لهما صارت في الحكم كأنها ارتدت، والردة بحظور الإباحة لها محال، فلا تبقى مستحقة النظر، فلا يحل نصف المهر، أما الارتضاع لا حاصر له ، فلا يسقط المهر.

فإن قيل : يشكل بقتل الرجل امرأة رجل قبل الدخول، فإنه يقضى على الزوج بالمهر، ولا يرجع على القاتل بشيء ، مع أن القتل محظور .

قلنا : وجب بالقتل قصاص أو دية ، وللزوج نصيب فيما هو الواجب بالقتل، فلا يتضاعف حقه بالتضمين . أما الزوج فيما نحن فيه لا نصيب له في شيء، فيضمن من أتلف نصف المهر ، كذا في «الفوائد الظهيرية» .

م: (**والارتضاع**) ش: جواب عما يقال : العلة للفرقة الارتضاع ، وهي فعلها ، فلا تضاف الفرقة إليها . وأجاب بقوله : والارتضاع أي ارتضاع الصغيرة م: (**وإن كان فعلاً منها**) ش: أي من

لكن فعلها غير معتبر في اسقاط حقها ، كما إذا قتلت مورثها ويرجع به الزوج على الكبيرة إن كانت تعمدت به الفساد ، وإن لم تتعمد فلا شيء عليها ،وإن علمت بأن الصغيرة امرأته ، وعن محمد-رحمه الله- أنه يرجع في الوجهين ، والصحيح ظاهر الرواية ؛ لأنها وإن أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر ، وذلك يجري مجرى الإتلاف، لكنها مسببة فيه

الصغيرة م: (**لكن فعلها غير معتبر**) ش: شرعًا م: (**في إسقاط حقها كما إذا قتلت مورثها**) ش: لم تحرم من الميراث بلا خلاف م: (**ويرجع به**) ش: أي بنصف المهر م: (**الزوج على الكبيرة إن كانت تعمدت به الفساد ، وإن لم تتعمد**) ش: بأن قصدت دفع الهلاك عنها جوعًا .

م: (**فلا شيء عليها ، وإن علمت بأن الصغيرة امرأته**) ش: أي امرأة زوجها . وفي «المبسوط» : يعتبر تعمد الفساد بأن قصده مع العلم بأن الرضاع يحرمها على الزوج في الشرع ، فلو لم تعلم ذلك أخطأت ، أو لم تعلم النكاح ، أو لم تعلم بأن الرضاع يفسد النكاح ، أو أرادت الخير بأن خافت على الرضيع الهلاك من الجوع لا يرجع به عليها ، والقول فيه قولها ، إن لم يظهر منها تعمد الفساد ، ولأنه شيء في باطنها ، لا يقف عليه غيرها ، فيقبل قولها باليمين .

فإن قيل : يشكل هذا بصغيرتين تحت رجل ، ولرجل آخر امرأتان ، فأرضعت كل واحدة منهما الصغيرتين ، حتى بانتا على الزوج ، ولم يغرما شيئًا وإن تعمدت الفساد .

قلنا : فعل الكبيرة فيما نحن فيه مستقل بالإفساد ، وأما فعل كل واحدة من الكبيرتين هناك غير مستقل بالإفساد ، فلا تضاف الفرقة إلى كل واحدة ، لأن الفساد باعتبار الجمع بين الأختين والأجنبية قائمة بهما ، فلا تعدو إلى المرأتين ، فلا يعتبر تعديها ، وهنا باعتبار الجمع بين الأم والبنت ، والأمية قائمة بالمرضعة ، يعتبر تعديها لأنها مخاطبة .

م: (**وعن محمد أنه**) ش: أي أن الزوج م: (**يرجع في الوجهين**) ش: أي فيما إذا تعمدت الفساد ، أو لم تتعمد ، وبه قال زفر ، والشافعي ، وأحمد م: (**والصحيح ظاهر الرواية ،لأنها**) ش: أي الكبيرة م: (**وإن أكدت**) ش: أي الكبيرة م: (**ما كان على شرف السقوط، وهو نصف المهر**) ش: كتقبيل ابن الزوج إذا بلغت حدًا تشتهى م: (**وذلك**) ش: أي تأكيد ما كان على شرف السقوط م: (**يجري مجرى الإتلاف**) ش: في إيجاب الضمان م: (**لكنها**) ش: أي لكن الكبيرة م: (**مسببة فيه**) ش: أي في الإتلاف غير مباشرة .

قال الأترازي : ما كان يحتاج صاحب« الهداية» إلى أن يقول بكلمة الاستدراك بين اسم إن وخبرها ، لأنه لا يصح أن يقال : إن زيدًا لكنه منطلق، وهذا لأن قوله : مسببة يقع خبر إن في قوله : لأنها ، وإن أكدت ما كان على شرف السقوط ، إما لأن الإرضاع هذا وقع بيانًا لكون الكبيرة مسببة ، أي صاحبة سبب ، لا علة ، يعني أن الكبيرة لما كانت مسببة لأحد المعنيين .

إما لأن الإرضاع ليس بإفساد النكاح وضعاً ، وإنما يثبت ذلك باتفاق الحال ، أو لأن فساد النكاح ليس بسبب لإلزام المهر ، بل هو سبب لسقوطه ، لأن نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف ، لكن من شرطه إبطال النكاح ، وإذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كحفر البئر ، ثم إنما تكون متعدية إذا علمت بالنكاح ،وقصدت بالإرضاع الفساد ، أما إذا لم تعلم بالنكاح ، أو علمت بالنكاح ، ولكنها قصدت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة دون الإفساد لا تكون متعدية ؛لأنها مأمورة بذلك ، ولو علمت بالنكاح، ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية أيضاً ، وهذا ها هنا اعتبار الجهل دفع قصد الفساد لا لدفع الحكم .

م: (إما لأن الإرضاع ليس بإفساد للنكاح وضعًا) ش: لأن وضعه لتربية الصغير م: (وإنما يثبت ذلك) ش: أي إنما يثبت فساد النكاح بالإرضاع م: (باتفاق الحال) ش: بأن تقع الكبيرة والصغيرة اتفاقًا في ملك رجل واحد ، لا قصداً في ذلك . م: (وقوله : أو لأن إفساد النكاح) ش: عطف على قوله : إما لأن الإرضاع ليس بإفساد النكاح ، وهو القسم الثاني، لا ما التفصيلية م: (ليس بسبب لإلزام المهر) ش: لأنه غير مضمون بالإتلاف، لكنه غير متقوم في نفسه ؛ لأنه ليس بملك عين ، ولا منفعة على التحقيق ، ولهذا لا يقدر على بيعه وهبته وإجارته م: (بل هو سبب لسقوطه) ش: أي لسقوط المهر م: (لأن نصف المهر) ش: جواب سؤال مقدر، بأن يقال : كيف قلت إن فساد النكاح ليس بسبب لإلزام المهر ، ويجب على الزوج نصف مهر الصغيرة ؟ فأجاب بقوله : لأن نصف المهر . م: (يجب بطريق المتعة على ما عرف) ش: في باب المهر أن المتعة تجب بالمهر ابتداء، لقوله تعالى : ﴿ومتعوهن﴾ لأن المعقود عليه عاد إليها سالمًا م: (لكن من شرطه) ش: أي من شرط وجوب المتعة م: (إبطال النكاح) ش: فكانت مباحة لا بشرط .

م: (وإذا كانت) ش: أي الكبيرة م: (مسببة يشترط فيه التعدي كحفر البئر) ش: فإنه له حفرها في ملكه لا يضمن ما وقع فيها . ولو حفرها في الطريق ، أو في ملك غيره يضمن ما وقع فيها م: (ثم إنما تكون متعدية إذا علمت بالنكاح ،وقصدت بالإرضاع الإفساد، أما إذا لم تعلم بالنكاح ،أو علمت بالنكاح ، لكنها قصدت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة ،دون الإفساد لم تكن متعدية ، لأنها مأمورة بذلك) ش: لأنه يكون حينئذ فرضًا عليها ، وتكون مأجورة بالإرضاع لدفع الهلاك .

م: (ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد، لا تكون متعدية أيضًا) ش: والقول قولها كما ذكرناه م: (وهذا) ش: أي القول بأن علمها بالنكاح ، وبفساده بالإرضاع م: (ها هنا اعتبار الجهل) ش: هذا جواب عن سؤال مقدر ، بأن يقال : كيف يكون جهل الكبيرة بفساد النكاح بالإرضاع عذرًا ، والجهل ليس بعذر في دار الإسلام؟ .

فأجاب بقوله : وهذا اعتبار الجهل م: (لدفع قصد الفساد) ش: الذي يصير به الفعل تعديًا م: (لا لدفع الحكم) ش: وهو وجوب الضمان ، تقديره أن الحكم الشرعي ، وهو وجوب الضمان يعتمد

ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات ، وإنما يثبت بشهادة رجلين ،أو رجل وامرأتين . وقال مالك - رحمه الله-: يثبت بشهادة امرأة واحدة إذا كانت موصوفة بالعدالة ؛ لأن الحرمة حق من حقوق الشرع، فيثبت بخبر الواحد ،كمن اشترى لحماً فأخبره واحد أنه ذبيحة المجوسي .

التعدي ، والتعدي إنما يحصل بقصد الفساد ، والقصد إلى الفساد إنما يتحقق عند العلم بالفساد ، وإذا انتفى العلم بالفساد انتفى الفساد ، فكان اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد ، لا لدفع الحكم .

فإن قلت : قصد الفساد يستلزم دفع الحكم ، فكان اعتبار الجهل لدفع الحكم .

قلت : لزم أن يكون ضمانًا ضمنًا ، فلا يعتبر به .

م: (**ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء المنفردات**) ش: يعني وحدهن . وقال الشافعي : تقبل شهادة أربع منهن ، وهو قول عطاء ، وفي «الغاية» : وقال الشافعي : يثبت بشهادة أربع من النساء ، أو رجل وامرأتين ، وتقبل بشهادة مرضعة إن لم تطلب ، أجرة ولا ذكرت ها هنا ، وكذا إذا قالت أرضعته في الأصح ، ذكره النووي في «المنهاج» ، وفي «الرافعي» : يثبت الرضاع بشهادة رجلين ، أو رجل وامرأتين ، وكذا بشهادة أربع نسوة ، ولا يثبت بما دون أربع نسوة ، وقبل أحمد شهادة المرضعة .

وفي «المغني» : شهادة الواحدة مقبولة في الرضاع عند أحمد ، وهو قول طاوس والزهري والأوزاعي وابن أبي ذئب وسعيد بن عبد العزيز ، وعنه شهادة امرأتين ، وعنه شهادة امرأة واحدة وتستحلف مع شهادتها وتفارق ، وإن كانت كاذبة لم يحل عليها حول حتى تبيض ثدياها بالبرص ، وفي الوبري قال الشافعي : يفرق شهادة امرأة واحدة . وقال مالك : تثبت بقول شاهدين ، ويمنع من النكاح ابتداء ، ويفرق بينهما لو كانتا تناكحا .

م: (**وإنما يثبت**) ش: أي الرضاع م: (**بشهادة رجلين ،أو رجل وامرأتين**) ش: وهو مذهب عمر بن الخطاب - رضي الله تعالى عنه - ، ذكره في «المغني» ، وفي «المحيط» : هو قول عمر ، وعلي وابن عباس - رضي الله تعالى عنهم - .

م: (**وقال مالك : يثبت بشهادة امرأة واحدة إذا كانت موصوفة بالعدالة ، لأن الحرمة حق من حقوق الشرع ، فيثبت بخبر الواحد، كمن اشترى لحمًا فأخبره واحد أنه ذبيحة المجوسي**) ش: فإنه ينبغي للمسلم أن لا يأكل منه ، ولا يطعم غيره ، لأن المخبر أخبره بحرمة العين ، وبطلان الملك ، فتعينت الحرمة مع بقاء الملك ، ثم لما تثبت الحرمة مع بقاء الملك لا يمكنه الرد على بائعه ، ولا أن يحبس الثمن على بائعه .

قلت : هذا الذي ذكره أنه مذهب مالك ليس بمذهب مالك ، وإنما هو مذهب أحمد ، ومذهب مالك ما ذكرناه الآن .

ولنا أن ثبوت الحرمة لا تقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح، وابطال الملك لا يثبت إلا بشهادة رجلين ،أو رجل وامرأتين ، بخلاف اللحم ؛ لأن حرمة التناول ينفك عن زوال الملك ، فاعتبر أمراً دينياً والله أعلم .

م: (**ولنا أن ثبوت الحرمة لا تقبل الفصل**) ش: هكذا شأن الحرمة المؤبدة ؛ فإنها لا تقبل الفصل م: (**عن زوال الملك في باب النكاح**) ش: يعني إذا ثبت حرمة الرضاع يزول ملك النكاح لا محالة ، لأن حرمة النكاح مع ملك النكاح لا يجتمعان ، فيلزم من إثبات حرمة الرضاع إبطال ملك النكاح م: (**وإبطال الملك لا يثبت إلا بشهادة رجلين ،أو رجل وامرأتين ، بخلاف اللحم ؛فإن حرمة التناول تنفك عن زوال الملك**) ش: لأن الحرمة مع ملك اليمين يجتمعان ، كما في الخمر م: (**فاعتبر**) ش: ذلك م: (**أمرًا دينيًا**) ش: فيقبل فيه خبر الواحد .

* * *

كتاب الطلاق

م: (كتاب الطلاق)

ش:أي هذا كتاب في بيان أحكام الطلاق ، وفي «المغرب » : الطلاق مصدر بمعنى التطليق كالسلام بمعنى التسليم ، والكلام بمعنى التكليم ، وهو مصدر طلقت زوجته بالفتح والضم .

وقال الأخفش : لا يقال بالضم ، وامرأة طالق ، وجاء طالقة ، والطلق وجع الولادة ، من طلقت بضم الطاء فهي مطلوقة ، إذا أخذها الطلق والوجع ؛ طلق اللسان وطليقة ، والطليق الأسير إذا أطلق ، وطلق امرأته تطليقاً وطلقت هي طلاقاً . ورجل طلاق وطلقة ، أي كثير الطلاق للنساء .

والطلاق لغة : رفع القيد ، وشرعاً رفع قيد النكاح من أهله في محله .

وقيل الطلاق : عبارة عن حكم شرعي يرفع القيد للنكاح بألفاظ مخصوصة ، وسببه الحاجة المحوجة إليه . وشرطه كون المطلق عاقلا بالغاً ، والمرأة في النكاح أو في العدة التي يحصل بها محلا للطلاق ، وحكمه زوال الملك عن المحل ، وأقسامه ما ذكر في الكتاب .

وإيقاع الطلاق مباح وإن كان متبغضاً في الأصل عند عامة العلماء ، ومنهم من يقول لا يباح إيقاعه للضرورة ، وذلك إما كبر السن أو الريبة ، لقوله ﷺ : «**لعن الله كل ذواق مطلاق** »[1] وقال ﷺ : «**أيما امرأة اختلعت من زوجها من غير نشوز فعليها لعنة الملائكة والناس أجمعين**»[2] .

وروى الترمذي من حديث ثوبان أن رسول الله ﷺ قال : : « **أيما امرأة سألت زوجها من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة**»[3] ، وقال : حديث حسن .

---

(١) لم أقف عليه

(٢) رواه الترمذي (٣ / ٤٩٣) وابن ماجة (١/ ٦٦٢) وأحمد (٥/ ٢٧٧) من طريق أبي قلابة عن أبي أسماء عن ثوبان . . . مرفوعًا . ولم يذكر الترمذي في روايته أبا أسماء بل قال عن أبي قلابة عمن حدثه ، وهذا المبهم وُضح في رواية أحمد وابن ماجة .

قال أبو عيسى : هذاحديث حسن ، ويروى هذا الحديث عن أيوب عن أبي قلابة عن أبي أسماء عن ثوبان ، ورواه بعضهم عن أيوب بهذا الإسناد ولم يرفعه .

قلت : رفعه أمثال عبد الوهاب الثقفي وحماد بن زيد وهم ثقات أثبات - فهذا إسناد صحيح إن شاء الله .

(٣) رواه الترمذي (٣/ ٤٩٢) من طريق ليث عن أبي الخطاب عن أبي زرعة عن أبي إدريس عن ثوبان . . مرفوعًا

قال أبو عيسى : هذا حديث غريب من هذا الوجه وليس إسناده بالقوي قلت وعلته ليث وهو ضعيف وشيخه أبو الخطاب وهو مجهول

وروى أيضاً عن ثوبان عن النبي ﷺ قال: «المختلعات هن المنافقات»[1].

المناسبة بين كتاب النكاح وكتاب الطلاق ظاهرة لأن النكاح قيد شرعي، والطلاق رفعه، والمناسبة الخاصة بينه وبين الرضاع أن كلاً منهما محرم.

(١) موضوع: قال العلامة الألباني في «الضعيفة» (ص١٧٩) رقم (١٤٧) أخرجه الخطيب في «تاريخ بغداد» (٢/ ١٩١) في ترجمة عمرو بن جميع عن جويبر عن الضحاك عن النزال بن سبرة عن علي بن أبي طالب مرفوعًا وعمرو بن جميع هو كذاب وقد تقدم له أحاديث، وجويبر ضعيف جدًا وتقدم له شيء.

باب طلاق السنة

قال : الطلاق على ثلاثة أوجه : حسن ، وأحسن ، وبدعي، فالأحسن أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه، ويتركها حتى تنقضي عدتها لأن الصحابة - رضي الله عنهم - كانوا يستحبون أن لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة ، وأن هذا أفضل عندهم من أن يطلق الرجل ثلاثًا عند كل طهر واحدة، ولأنه أبعد من الندامة، وأقل ضررًا بالمرأة ولا خلاف لأحد في الكراهة .

م: **(باب طلاق السنة)**

ش: أي هذا باب في بيان طلاق السنة ، وفي «المبسوط» الطلاق نوعان : سني وبدعي ، والسني نوعان : سني من حيث العدد، وسني من حيث الوقت . والبدعي نوعان: بدعي يعود إلى العدد ، وبدعي بمعنى يعود إلى الوقت ، والسني من حيث العدد نوعان : حسن وأحسن ، أما المصنف ذكر كله مفرقاً على ما تقف عليه .

م: **(قال : الطلاق على ثلاثة أوجه : حسن وأحسن وبدعي ، فالأحسن أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ، ويتركها حتى تنفضي عدتها ، لأن الصحابة -رضي الله تعالى عنهم - كانوا يستحبون أن لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة)** ش: أخرج هذا ابن أبي شيبة في «مصنفه» : حدثنا وكيع عن سفيان عن مغيرة عن إبراهيم النخعي ، قال : كانوا يستحبون أن يطلقها واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض .

م: **(وأن هذا)** ش: أي الاقتصار على تطليقة واحدة م: **(أفضل عندهم)** ش: أي عند الصحابة-رضي الله تعالى عنهم - م: **(من أن يطلق الرجل ثلاثاً عند كل طهر واحدة)** ش: أي طلقة واحدة م: **(ولأنه)** ش: أي ولأن إيقاع الواحدة م: **(أبعد من الندامة)** ش: حيث أبقى لنفسه ممكنة التدارك، بأن يراجعها في العدة ، وبعدها بتجديد النكاح من غير تزوج آخر وإبقاء ممكنة التدارك مندوب إلى الله تعالى : **﴿لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً﴾** (الطلاق : الآية١) .

م: **(وأقل ضرراً بالمرأة)** ش: حيث لم تبطل محليتها نظرًا إليه ، لأن اتساع المحلية نعمة في حقهن، فلا يتكامل ضررالإيحاش.

م: **(ولا خلاف لأحد في الكراهة)** ش: أي لا خلاف في عدم الكراهة ، يعني لم يقل أحد بكراهة إيقاع الواحد، بخلاف الحسن ، فإن فيه خلاف فيكون هذا حسن .

قلت : هكذا فسر الشراح كلهم هذا اللفظ، وظاهره يقتضي خلافه على مالا يخفى على المتأمل.

والحسن هو طلاق السنة ، وهو أن يطلق المدخـول بها ثلاثًا في ثلاثة أطهار . وقال مـالك - رحمه الله - : إنه بدعة ولا يباح إلا واحدة ، لأن الأصل في الطلاق هو الحظر والإباحة لحاجة الخلاص، وقد اندفعت بالواحدة . ولنا قوله - عليه السـلام - في حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالاً فتطلقها لكل قرء تطليقة،

م: (**والحسن هو طلاق السنة وهو أن يطلق المدخول بها ثلاثاً في ثلاثة أطهار .وقال مالك: إنه بدعة**) ش: أي أن الطلاق المفرق على ثلاثةأطهارفي المدخول بها بدعة . وفي «المغرب» : البدعة اسم من ابتداع الأمر إذا ابتدأه وأحدثه ، ثم غلب على ما هو زيادة في الدين ونقصان منه .

وقيل البدعة : إحداث أمر لم يكن من عهد رسول الله ﷺ م: (**ولايباح إلا واحدة**) ش: أي طلقة واحدة م: (**لأن الأصل في الطلاق هو الحظر**) ش: أي المنع ، لقوله ﷺ : «**تزوجوا ولا تطقوا**» رواه أبو داود.

م: (**والإباحة**) ش: أي إباحة الطلاقم: (**لحاجة**) ش: الناس إلى م: (**الخلاص وقد اندفعت**) ش: أي الحاجة م: (**بالواحدة**) ش: أن بالطلقة الواحدة فلايباح غيرها .

م: (**ولنا قوله - عليه السلام-**) ش: أي قول النبي ﷺم: (**وفي حديث ابن عمر-رضي الله تعالى عنهمـا- «إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبـالاً فتطلقهـا لكل قرء تطليـقة**) ش: هذا الحـديث رواه الدارقطني في سننه من حـديث يعلى بن منصـور ، حـدثنا شـعيب بن زريق عن عطاء الخراسـاني حدثهم عن الحسن قال : حدثنا عبد الله بن عمر أنه طلق امرأته تطليقة وهي حائض ، ثم أراد أن يتبعها طلقتين أخرتين عند القرءين فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال : « **يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله ، قد أخطأت ،السنة ، والسنة أن تستقبل الطهر وتطلق لكل قرء، فأمرني فراجـعتها ، فقـال:** « **إذا طهرت فطلق عند ذلك أو أمسك ، فقلت: يارسـول الله أريت لو طلقتها ثلاثًا ، أكان يحل لي أن أراجعـها فقال: «لا ، كانت تبين منك، وكانت معصية»**[(١)] .

وذكـره عبـد الحق في «أحكامـه» وأعله بعطاء الخـراسـاني وقـال : إنه أتى في هذا الحـديث بزيادات لم يتـابع عليـهـا وهو ضـعـيف في الحـديث لا يقـبل مـا تـفـرد به . ورواه الطـبـراني في «معـجمـه». وقال «صـاحب التنقيح» : عطاء الخراساني، قال ابن حبان : كـان صالحًا غير أنه كان سيئ الحـفظ ، كـثير الوهـم ، فـبطل الاحـتـجاج وأحسـن من هـذا مـا رواه النسـائي بإسـناده عن

---

(١) قـال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٤٢١) : رواه الدارقطني في «السنن» من حـديث مـعلى بن منصـور ثنا شعيب بن رزيق أن عطاء الخراساني حدثهم عن الحسن ثنا عبد الله بن عمر مرفوعًا ثم قال: وذكره عبد الحق في «أحكامه» من جهة الدارقطني وأعله بمعلى بن منصور وقال : رماه أحمد بالكذب قال : ولم يعله البيهقي في «المعـرفة» إلا بعطاء الخراسـاني وقـال : إنه أتى في هذا الحديث بزيادات لم يتابع عليهـا وهو ضـعـيف في الحديث ، لا يقبل ما تفرد به راجع «مجمع الزوائد» (٤/ ٣٣٦).

ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة، وهو الطهرالخالي عن الجماع فالحاجة كالمتكررة نظرًا إلى دليلها ، ثم قيل : الأولى أن يؤخر الإيقاع إلى آخر الطهر احترازًا عن تطويل العدة والأظهر أن يطلقها كما طهرت ، لأنه لو أخر ربما يجامعها ، ومن قصده التطليق فيبتلى بالإيقاع عقيب الوقاع .وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثًا بكلمة واحدة أو ثلاثًا في طهر واحد، فإذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيًا .

عبد الله ، قال : طلاق السنة أن يطلقها تطليقة ، وهي طاهرة من غير جماع ، فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى ثم تعتد بعد ذلك بحيضة ، فأخبر أنه طلاق السنة ، وهي سنة رسول الله ﷺ .

م: (**ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة**) ش: لا على حقيقة الحاجة ، لأن تباين الأخلاق وتنافر الطباع أمر باطن لا يمكن الوقوف عليها ، فأقيم السبب الظاهر ، وهو الإمساك بالمعروف مقام دليل الحاجة م: (**وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع**) ش:، لأنه زمان رغبة فيها طبعًا وشرعًا ، فلا يختار فراقها إلا لحاجة م: (**فالحاجة كالمتكررة نظرًا إلى دليلها**) ش: أي دليل الحاجة ، فأصل المعنى كلما تكرر جعل كأن الحاجة إلى الطلاق تكررت ، فأبيح تكرار الطلاق بالتفريق على الأطهار .

م: (**ثم قيل : إن الأولى أن يؤخر الإيقاع إلى آخر الطهر، احترازًا عن تطويل العدة**) ش: أشار بهذا إلى اختلاف المشايخ في الطلاق السني ، فقال بعضهم الأولى أن يؤخر الإيقاع إلى آخر الطهر ، لأنه إذا لم يؤخر تتضرر المرأة بكون عدتها ثلاثة أطهار وثلاث حيض كوامل ، فتطول عدتها لا محالة ، وهو في الخلاصة رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة .

م: (**والأظهر أن يطلقها كما طهرت، لأنه لو أخرها ربما يجامعها**) ش: لأن الطهر زمان تجدد الرغبة م: (**ومن قصده التطليق فيبتلى بالإيقاع**) ش: أي إيقاع الطلاق م: (**عقيب الوقاع**) ش: أي الجماع ، فيكون الطلاق بدعيًا ، وإنما قال المصنف والأظهر لأن محمدًا قال في الأصل ، فإذا أراد أن يطلقها ثلاثًا طلقها واحدة إذا طهرت من الحيض .

م: (**وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثة بكلمة واحدة ، أو ثلاثًا**) ش: أي أو يطلقها ثلاث تطليقات م: (**في طهر واحد، فإذا فعل ذلك**) ش: أي الطلاق والتطليق بثلاث تطليقات بكلمة واحدة ، أي في طهر واحد م: (**وقع الطلاق**) ش: وبانت منه وحرمت حرمة مغلظة م: (**وكان عاصيًا**) ش: لأنه ارتكب حرامًا ، وقالت الظاهرية والشيعة : لا يقع الطلاق في حالة الحيض ، والثلاث بكلمة واحدة. وعند الإمامية : لا يقع شيء أصلاً ، وبه قال المريسي ، وعند الزيدية منهم يقع واحدة ، ويزعمون أنه قول علي -رضي الله تعالى عنه- .

وعن ابن عباس - رضي الله تعالى عنهما - كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ واحدًا ، وكذا في زمن أبي بكر الصديق -رضي الله تعالى عنه- ، وثلاثًا من مدة عمر -رضي الله تعالى

وقال الشافعي - رحمه الله - : كل طلاق مباح لأنه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم والمشروعية لا تجامع الحظر ، بخلاف الطلاق في حالة الحيض ، لأن المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق .

عنه- ، رواه البخاري ومسلم، وفي المغني : وكان عطاء وطاووس وسعيد بن جبير وعمرو بن دينار وأبو الشعثاء يقولون : من طلق البكر ثلاثًا فهي واحدة، وقال القاضي أبو يوسف : كان الحجاج بن أرطاة يقول : طلاق الثلاث ليس بشيء، قال محمد بن إسحاق واحدة كقول الشيعة .

م: (**وقال الشافعي كل الطلاق مباح**) ش: وبه قال أبو ثور وداود الظاهري وابن حبيب من المالكية وأحمد في رواية عند إرسال الثلاث مباح م: (**لأنه**) ش: أي لأن الطلاق م: (**تصرف مشروع حتى يستفاد منه الحكم**) ش: بضم الدال لأنه حال، أي مستفاد بالطلاق الحكم، وهو قوله م: (**والمشروعية لا تجامع المحظور**) ش: وكل ما هو مشروع لا يكون محظوراً م: (**بخلاف الطلاق في حالة الحيض**) ش: هذا جواب عما يقال كيف يصح العموم والطلاق في حال الحيض حرام، فأجاب بقوله : بخلاف الطلاق في حالة الحيض.

م: (**لأن المحرم**) ش: بكسر الراء المشددة، أي المحرم للطلاق ويجوز فتحها بأن يقال: إن المحظور م: (**تطويل العدة عليها لا الطلاق**) ش: أي لا نفس الطلاق وتطويل العدة، كما إذا طلقها في حالة الحيض، لأن الحيض الذي وقع فيه الطلاق ليس بمحسوب في العدة بالإجماع أو يلتبس أمر العدة عليها كما إذا طلقها في طهر جامعها فيه، لأنا لا ندري أنها حامل فتعتد بالأقراء، أو حامل فتعتد بوضع الحمل، والحاصل في هذه المسألة أن عندنا يعتبر في طلاق السنة التفريق والوقت.

وعند مالك يعتبر الواحدة والوقت، وعند الشافعي يعتبر الوقت، ولا يلتفت إلى العدد، والشافعي يستدل أيضًا بقوله تعالى: ﴿ **لا جناح عليكم إن طلقتم النساء** ﴾ (البقرة: الآية ٢٣٦) ، وهذا لأنه مطلق، فيتناول الجمع والتفريق بما روي عن عويمر العجلاني أنه لما لاعن امرأته قال: كذبت عليها يا رسول الله ﷺ إن أمسكتها فهي طالق ثلاثًا فلم ينكر عليه رسول الله ﷺ «**إيقاع الثلاث جملة**» ، وهذا الحديث متفق عليه، وبما ورد عن عبد الرحمن بن عوف - رضي الله تعالى عنه- أنه طلق امرأته تماضر في مرض الموت، وبما روي من حديث عائشة -رضي الله تعالى عنها- أن امرأة قالت : يا رسول الله إن رفاعة طلقني وبت وقت طلاقي، ولم ينكر متفق عليه. وبما روي من حديث فاطمة بنت قيس أن زوجها أرسل إليها بثلاث تطليقات.

والجواب عن الآية قد خص عنها الطلاق حالة الحيض والطلاق في طهر جامعها فيه فيخص المتنازع، وهو الجمع . والجواب عن حديث عبد الرحمن بن عوف -رضي الله تعالى عنه - وما شابه أنه محمول على خلاف السنة، بأن قال : أنت طالق للسنة، لأنه أليق بحالهم أن يعملوا

ولنا أن الأصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية والإباحة للحاجة إلى الخلاص ولا حاجة إلى الجمع بين الثلاث وهي في المفرق على الأطهار ثابتة نظراً إلى دليلها ، والحاجة في نفسها باقية فأمكن تصوير الدليل عليها والمشروعية في ذاته من حيث إنه إزالة الرق لا تنافي الحظر لمعنى في غيره ، وهو ما ذكرناه ،

على وفاق الكتاب والسنة ، ولأن تقليد الصحابي ليس بحجة عنده ، فكيف يحتج بفعل الصحابي علينا . والجواب عن حديث رفاعة أنه ليس فيه طلقها ثلاثًا بكلمة واحدة ، ويجوز أن يكون مفرقًا على الأطهار . والجواب عن حديث فاطمة بنت قيس **«أن زوجها أبا عمرو بن حفص بن المغيرة خرج مع علي بن أبي طالب -رضي الله تعالى عنه - إلى اليمن فأرسل إلى امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت بقيت من طلاقها »** رواه مسلم .

م: (**ولنا أن الأصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية**) ش: من تحصين الفرج عن الزنا المحرم في جميع الأديان م: (**والدنيوية**) ش: من السكن والازدواج واكتساب الولد، وكل ما هو كذلك ينبغي أن لا يجوز وقوعه في الشرع م: (**والإباحة للحاجة إلى الخلاص**) ش: يعني إباحة الطلاق إنما كانت للحاجة إلى الخلاص عن عهدة المرأة م: (**ولا حاجة إلى الجمع بين الثلاث**) ش: لحصول الخلاص بما دونه .

م: (**وهي في المفرق على الأطهار ثابتة**) ش: هذا جواب عما يقال ، فكما لا حاجة إلى الجمع بين الثلاث ، فكذا لا حاجة إلى المتفرق على الأطهار . فأجاب بقوله : وهي أي الحاجة إلى الجمع بين الثلاث ، إذ لا حاجة إلى الطلاق المتفرق ثابتة م: (**نظراً إلى دليلها**) ش: وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة ، وهو الطهر والحكم يدار على دليل الحاجة لكونها أمرًا باطنًا كما تقدم .

م: (**والحاجة في نفسها باقية**) ش: هذا جواب عما يقال دليل الحاجة إنما يقام مقام الحاجة فيما يتصور وجودها ، وها هنا لا يتصور ، لأن الحاجة إلى الخلاص عن عهدة الطلاق في الطهر الثاني والثالث مع ارتفاع النكاح بالأولى . فأجاب بقوله : والحاجة في نفسها أي في ذاتها باقية م: (**فأمكن تصوير الدليل عليها**) ش: لأن الإنسان قد يحتاج إلى جهة باب النكاح لبنائه فيها ، أو لحاجة أخرى . م: (**والمشروعية في ذاته**) ش: هذا جواب عن قوله : والمشروعية لا يجامع الحظر ، فأجاب بقوله : والمشروعية في ذاته م: (**من حيث إنه إزالة الرق**) ش: أي إزالة قيد النكاح م: (**لا تنافي الحظر لمعنى في غيره**) ش: تقريره أن يقال يجوز أن يكون الطلاق باعتبار قطع النكاح المسنون محظوراً في جامع المشروعية ، كالصلاة في الأرض المغصوبة ، والبيع في وقت النداء ، فإنهما مشروعان بذاتهما محظوران لغيرهما ، ولا منافاة لاختلاف الجهة ، فلم يلزم من إثبات المشروعية انتفاء الحظر م: (**وهو ما ذكرناه**) ش: من فرق المصالح الدينية والدنيوية .

وكذا إيقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا . واختلفت الرواية في الواحدة البائنة .قال في الأصل :إنه أخطأ السنة ، لأنه لا حاجة إلى إثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة وفي الزيادات أنه لا يكره للحاجة إلى الخلاص ناجزًا.والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت ، وسنة في العدد ، فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها ، وقد ذكرناها ، والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة ، وهو أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه ، لأن الداعي دليل الحاجة، وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع. أما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة.

م: (**وكذا إيقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا**) ش: أنه لا حاجة إلى الجمع بين الثلاث م: (**واختلفت الرواية**) ش: عن أصحابنا فيما إذا طلق الرجل امرأته في طهر لم يجامعها فيه طلقة واحدة بائنة.

م: (**قال في الأصل**) ش: أي« المبسوط» في كتاب الطلاق : م: (**إنه أخطأ السنة**) ش: فيكره م: (**لأنه لا حاجة إلى إثبات صفة زائدة في الخلاص وهي**) ش: أي الصفة الزائدة م: (**البينونة**) ش: لأن الحاجة إلى الطلاق للحاجة ، ولا حاجة إلى صفة زائدة .

م: (**وفي الزيادات أنه لا يكره للحاجة إلى الخلاص ناجزًا**) ش: أي في الحال، وقال الأترازي : ينبغي أن يقول : وفي «زيادات الزيادات» ، لأن محمدًا -رحمه الله- ذكر هذه المسألة فيها لا في «الزيادات» ، فيحتمل أنه وقع سهوًا من الكاتب ، أو يحتمل أنه إنما قال كذلك ، لأن «زيادات الزيادات »من تتمة «الزيادات» ، كأنها مسألة الزيادات .

م: (**والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت ، وسنة في العدد ، فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها، وقد ذكرناها**) ش: يعني في أول الباب يعني أن السنة في الطلاق من حيث العدد أن يطلقها واحدة ، ويترك حتى تنقضي عدتها ، وإنما سمي الواحد عددًا تجوزًا ، لأن أصل العدد ليس هو بعدد حقيقة ، لأن العدد ما يوازي نصف حاشيته عن بعد سواء ، وليس للواحد إلا حاشية واحدة .

م: (**والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة**) ش: قال الشافعي ومالك وأحمد : والخلوة كالدخول عندنا في حكم العدد ومراعاة وقت السنة في الطلاق لأجل العدد مقام الخلوة فيه أيضًا مقام الدخول ، كذا في« المبسوط» م: (**وهو أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه، لأن الداعي دليل الحاجة، وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة، وهو الطهر الخالي عن الجماع، أما زمان الحيض فزمان النفرة، وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة**) ش: فلم يكن فيها دليل الحاجة ، لقيامه مقامه ، وقال الكاكي : قوله في طهر واحد لم يجامعها فيه ، ولم يسبق طلاق في حيض ذلك الطهر لم يكن الطلاق في ذلك الطهر سنيًا ، وإن لم يجامعها فيه ، وكذا لو وطئها حالة الحيض ، لم يكن

وغير المدخول بها يطلقها في حالة الطهر والحيض، خلافًا لزفر - رحمه الله - وهو يقيسها على المدخول بها . ولنا أن الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها . وفي المدخول بها تتجدد بالطهر . قال: وإذا كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر فأراد أن يطلقها ثلاثًا للسنة طلقها واحدة ، فإذا مضى شهر طلقها أخرى ، لأن الشهر في حقها قائم مقام الحيض ، قال الله تعالى : ﴿ واللائي يئسن من المحيض ﴾ إلى أن قال : ﴿ واللائي لم يحضن ﴾ (٤ : الطلاق) ، والإقامة في حق الحيض خاصة ،

الطلاق فيه سنيًا في الذخيرة والزيادات.

م: (**وغير المدخول بها يطلقها في حالة الطهر والحيض، خلافًا لزفر**) ش: فإنه يكره طلاقها في الحيض م: (**وهو**) ش: أي زفر م: (**يقيسها**) ش: أي يقيس غير المدخول بها م: (**على المدخول بها. ولنا أن الرغبة في غير المدخول بها صادقة**) ش: لأن الرغبة فيها لا تعتبر بحيضها ورغبته بعد الحيض، كما كانت قبله، لأن مقصوده لم يحصل منها، فكان إقدامه على الطلاق لحاجة إليه لا لنفرته عنه ورغبته م: (**لا تقل بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها**) .

م: (**وفي المدخول بها يتجدد**) ش: أي الرغبة م: (**بالطهر.قال: وإذا كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر، فأراد أن يطلقها ثلاثًا للسنة طلقها واحدة، فإذا مضى شهر طلقها أخرى، لأن الشهر في حقها**) ش: أي في حق الصغيرة والكبيرة التي لا تحيض م: (**قائم مقام الحيض**) ش: وكذا إذا كانت لا تحيض بالحمل عندنا لأن الحامل لا تحيض، وعند الشافعي : وإن كانت الحامل تحيض فطلاقه في حالة الحيض ليس ببدعة، وقال ابن [. . .]من أصحابه : بدعة، ولا يتأتى هذا خلاف الشافعي، لإن إيقاع الثلاث بكلمة واحدة غير بدعة عنده، ولكن الأولى التفريق على الأشهر، وفي الأشهر، وفي «البسيط» : ليس في طلاق الصغيرة والآيسة سنة ولا بدعة، وبه قال أحمد، وكذا الحامل عندهم.

م: (**قال الله عز وجل ﴿واللآئي يئسن من المحيض من نسائكم﴾ إلى أن قال : ﴿واللآئي لم يحضن﴾** (٤ : الطلاق) أورد هذه الآية الكريمة دليلاً على أن الأشهر تقوم مقام الحيض في حق هاتين الطائفتين ، قوله تعالى : ﴿ **واللآئي لم يحضن**﴾ أي الصغائر اللاتي لم يبلغن ، أو اللاتي بلغت بغير حيض كذلك يعتدون بثلاثة أشهر ، كذا في التيسير .

وعن العلامة حميد الدين الضرير - رحمه الله تعالى- إنما قال : لم يحضن ، وما قال : لا يحضن، لأنه لو قال : لا يحضن يمكن أن لا ترى الحيض في هذا الزمان ، ويمكن أنها قد كانت رأت قبل هذا الزمان ، فقال: لم يحضن، يعني لا يرين أصلاً، وقوله تعالى : ﴿ **واللآئي لم يحضن**﴾ (٤ : الطلاق) مبتدأ، وخبره محذوف، أي واللآئي لم يحضن فعدتهن ثلاثة أشهر.

م: (**والإقامة في حق الحيض خاصة**) ش: أي إقامة الشهر مقام الحيض خاصة، واحترز به عن

حتى يقدر الاستبراء في حقها بـالشهر وهو بالحيض لا بالطهر ، ثم إن كان الطلاق في أول الشهر تعتبـر الشهور بالأهلة ، وإن كان في وسطه فـبالأيام في حق التفريق وفي حق الـعدة ، كذلك عند أبي حنيـفة -رحمـه الله- ، وعندهما يكمـل الأول بالأخير ، والمتـوسطان بالأهلة ، وهي مـسألة الإجارات .

قـول بعض مشـايخنا ، حيث قـالوا : الشهـر في التي لا تحيض يقوم مقام الحيض والطهر جميعًا ، وإليه ذهب «صاحب الينابيع »وغيره ، وقال شمس الأئمة : ظن بعض أصحابنا أن الشهر في حق التي لا تحيض بمنزلة الحيض ، والطهر في حق التي تحيض ، وليس كـذلك ، بل الشـهر في حقـهـا بمنزلة الحيض في حق التي تحيض م: (**حتى يقدر الاستبراء فـي حقها بالشهر**) ش: أي في حق الأمـة التي لا تحيض من صغر أو كبر .

م: (**وهو**) ش: أي الاستبراء م: (**بالحيض لا بالطهر**) ش: وقال الكاكي وغيره : اختلاف أصحابنا يظهر في حق إلزام الحجة على البـعض بإجـماعـهم ، لأن الاسـتبـراء يكتفي بالحـيض ، وعلى أن الشهر يقوم مقام الحيض ، إذ التبع خلف الأصل بحاله لا بذاته .

فإن قيل : لما قام الشهر مقام الحيض ينبغي أن يكون الطلاق الثاني في الشهر الثاني في حالة الحيض .

قلنا : قد ذكرنا أن الخلف يتبع الأصل بحاله لا بذاته ، وذات الشهر طهر ، والشهر أقيم مقام الحـيض في حـكم خـاص ، وهو انقـضـاء العـدة لا في جـمـيع الأحكام ، ألا ترى أن الـطلاق بعـد الجماع في ذوات الأقراء حرام ، والآيسة والصغيرة لا تحرم ، وكذا الطلاق الثاني .

م: (**ثم إن كان الطلاق في أول الشـهر**) ش: يعني إن كـان إيقاع الـطلاق في أول الشهـر م: (**تعتبر الشهور بالأهلة**) ش: أي يعتـبر الشهـور القائمـة مقـام الحيض بالأهلة كاملة كـانت أو ناقصـة م: (**وإن كان**) ش: أي الإيقاع م: (**في وسطه**) ش: أي في وسط الشـهر م: (**فبالأيام**) ش: أي فيعتبر بالأيام م: (**في حق التفريق**) ش: أي في تفريق الطلاق على الأشهر بالإجماع ، فيحتسب كل شهر ثلاثون يومًا في حق إيقاع الطلاق .

م: (**وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة**) ش: لا يحكم بانقضاء العدة إلا بتمام تسعين يومًا من وقت الطلاق م: (**وعندهما يكـمل الشهر الأول بالأخـير**) ش: أي يكمل الشـهر الأول بالشـهر الأخير بالأيام م: (**والمتوسطان بالأهلة**) ش: أي ويكمل المتوسطـان وهما ما بين الأول والأخير بالأهلة ، لأن الأصل في الأشهر الأهلة م: (**وهي مسألة الإجارات**) ش: أي المسألة المذكورة مـثل مسـألة الإجارات على الخلاف المذكـور إذا استأجر دارًا شهـورًا معلومـة أو سنة في خـلال الشهر ، فعند أبي حنيفة تكون السنة ثلاثمائة وستين يومًا ، وعندهما يكمل الأول بالأخير وما بينهما معتبر بالأهلة ، وعلى هذا الأجل في البيع .

قال : ويجوز أن يطلقها ولا يفصل بين وطئها وبين طلاقها بزمان . وقال زفر - رحمه الله - : يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض . ولأن بالجماع تفتر الرغبة ، وإنما تتجدد بزمان وهو الشهر . ولنا أنه لا يتوهم الحبل فيها ، والكراهية في ذوات الحيض باعتباره ، لأن عند ذلك يشتبه وجه العدة ، والرغبة وإن كانت تفتر من الوجه الذي ذكر لكن تكثر من وجه آخر ، لأنه يرغب في وطء غير معلق

م: (**قال: ويجوز أن يطلقها**) ش: أي ويجوز أن يطلق الآيسة أو الصغيرة م: (**ولا يفصل بين وطئها وبين طلاقها بزمان**) ش: يعني لا يشترط الفصل بشهر بين وطئها وطلاقها ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد وأبو ثور وأبي عبيد، وهو قول الحسن وابن سيرين وطاووس وحماد بن سليمان وربيعة.

وقال شمس الأئمة : كان شيخنا يقول هكذا إذا كانت الآيسة لا يرجى منها الحيض والحبل، وأما إذا كانت صغيرة لا يرجى منها الحيض والحبل فالأفضل الفصل بين جماعها وطلاقها بشهر، ولا منافاة بينه وبين قول المصنف ، لأن الأفضلية لا تنافي الجواز .

م: (**وقال زفر : يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض**) ش: فيمن تحيض، وفيها يفصل بين طلاقها ووطئها بحيضة، فكذا هنا بشهر م: (**ولأن بالجماع تفتر الرغبة**) ش: فكانت بمنزلة ذات الأقراء إذا جومعت في الطهر م: (**وإنما تتجدد**) ش: أي الرغبة م: (**بزمان**) ش: فلابد منه، وهو الشهر.

م: (**ولنا أنه**) ش: أي أن الشأن م: (**لا يتوهم الحبل فيها**) ش: أي في التي نحن فيها من الآيسة والصغيرة م: (**والكراهية**) ش: أي كراهية الطلاق بعد الجماع م: (**في ذوات الحيض باعتباره**) ش: أي باعتبار الحبل م: (**ولأن عند ذلك**) ش: أي كراهية الطلاق بعد الجماع م: (**في ذوات الحيض باعتباره**) ش: أي باعتبار الحبل م: (**ولأن عند ذلك**) ش: أي عند توهم الحبل م: (**يشتبه وجه العدة**) ش: أي وجه عدتها، فلا يدري أنها حامل فتعتد بالأقراء، أو حامل فتعتد بوضع الحمل.

م: (**والرغبة وإن كانت تفتر من الوجه الذي ذكر**) ش: هذا جواب عن قول زفر، وإنما تتجدد الرغبة وإن كانت تفتر من وجه. فأجاب بقوله : والرغبة وإن كانت تقل، من القلة من الوجه الذي ذكره زفر، ويجوز أن يكون على صيغة المجهول أي من الوجه الذي ذكره الآن م: (**لكن تكثر من وجه آخر**) ش: أي ولكن تكثر الرغبة من وجه آخر لا يقال إذا تعارض دليل كثرة الرغبة مع دليل فتور الرغبة ، يتساقطان لأنا نقول : لا يلزم من زوال كثرة الرغبة زوال أصل الرغبة فيكون الإقدام على الطلاق في زمان الرغبة .

والذي يظهر لي أن المصنف أجاب عنه بقوله م: (**لأنه يرغب في وطيء غير معلق**) ش: أنه يترجح جهة الرغبة بكون الوطيء غير معلق، بضم الميم وسكون العين المهملة وكسر اللام،

فراراً عن مؤن الولد، فكان الزمان زمان رغبة ، فصـار كزمان الحبل . وطلاق الحامل يجوز عقيب الجمـاع ، لأنه لا يؤدي إلى اشتباه وجـه العدة ، وزمان الحبل زمـان الرغبة في الوطيء لكونه غـير معلق ، أو يرغب فيها لمكان ولده منها ، فلا تقل الرغـبة بالجماع . ويطلقها للسنة ثلاثًا يفصل بين كل تطليقتين بشهـر، عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله - ، وقال مـحمد - رحمه الله - وزفر: لا يطلقها للسنة إلا واحدة ، لأن الأصل في الـطلاق الحظر ، وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة والشهر في حق الحامل ليس من فصولها ، فصار كالممتد طهرها.

وبالقاف من أعلق المرأة إذا أحبلها وثلاثية علق، يقال: علقته المرأة إذا حبلت علوقًا م: **(فراراً)** ش: أي لأجل الفـرار م: **(عن مـؤن الولد)** ش: بضم الميم وفتح الهـمزة جمع مؤنة م: **(فكان الزمـان زمان رغبة، فصـار كزمان الحبل)** ش: .وفي الذخيرة قيل: إذا كانت صغيرة يرجى منها الحيض والحبل، فالأفضل أن يفصل بينهما بشهر.

م: **(وطلاق الحامل يجـوز عقيب الجـماع، لأنه لا يؤدي إلى اشـتباه وجـه العدة، وزمان الحـبل زمان الرغبة في الوطيء لكونه)** ش: أي لكون الوطيء م: **(غير معلق)** ش:أي غير محبل م: **(أو يرغب فيها)** ش: عطف على قوله في الوطيء ،والضمير يرجع إلى الحامل يعني أن زمان الحبل زمن الرغبة في الوطيء ، لأنه في حالة الحبـل غير معلق، وهو زمان الرغبة في الحامل م: **(لمكان ولده منها)** ش: أي لأجل حصـول ولده من الحامل م: **(فلا تقل الرغبة بالجماع)** ش: لأن الولد داع إلى رغبـة الرجل في أمه، ولما كان زمان الرغبة لا يقع طلاقها عقيب الجماع.

م: **(ويطلقها)** ش: أي الحامل م: **(للسنة ثلاثًا يفـصل بين كل تطليقتين بشـهر عند أبي حنيـفة وأبي يوسف)**.

م: **(وقال محمد وزفر : لا يطلقـها للسنة إلا واحدة، لأن الأصل في الطلاق الحظر، وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة)** ش: لقوله تعالى : ﴿ **فطلقوهن لعدتهن**﴾ (الطلاق: الآية١) ، وقـال ابن عباس : أي الأطهار عدتهن، ففي ذوات الأقراء ترقب على الأقـراء، وفي حق الآيسة والصغيرة على الأشهر، لأن كل شهر فصل من فصول العدة في حقهن، كالقرء في ذوات الأقراء م: **(والشهر في حق الحامل ليس من فصولها)** ش: أي من فـصول العـدة، لأن مدة الحـمل، وإن طالت فهي طهر وحيض واحد حقيقة وحكمًا، ألا ترى أن انقضاء العدة لا يتعلق

م: **(فصار كالممتد طهرها)** ش: فلا يكون محلاً لتفريق الثلاث، لأن شهورها وإن امتدت فهو فصل واحد، ولا تفرق التطليقات فيه. وقـال محـمد: بلغنا عن ابن مسعـود وجابر بن عـبد الله والحسن البصري أن الحامل لا تطلق أكثر من واحدة للسنة، وقول الصحابي إذا كان فقيـهًا يقدم على القياس، هكذا في «المبسوط» وبقول محمد قال الشافعي ومالك وأحمد.

ولهما أن الإباحة لعلة الحاجة والشهر دليلها ، كما في حق الآيسة والصغيرة ، وهذا لأنه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة ، فصلح علمًا ودليلاً ، بخلاف الممتد طهرها، لأن العلم في حقها إنما هو الطهر ، وهو مرجو فيها في كل زمان ، ولا يرجى مع الحبل . وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق ، لأن النهي عنه لمعنى في غيره ، وهو ما ذكرناه فلا تنعدم مشروعيته، ويستحب له أن يراجعها لقوله ﷺ

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف م: (**أن الإباحة**) ش: أي إباحة الطلاق م: (**لعلة الحاجة**) ش: أي باعتبار الحاجة م: (**والشهر دليلها**) ش: أي دليل الحاجة في حق الحامل م: (**كما في حق الآيسة والصغيرة**) ش: أي كما أنها دليل الحاجة في حقهما، لأن مدة الحمل مدة كاملة، ولهذا يلزمها الحد وأحكام العدة، فكانت كالشهور في حقهما م: (**وهذا**) ش: أي كون الشهر دليلاً في حق الآيسة والصغيرة م: (**لأنه**) ش: أي لأن الشهر م: (**زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة**) ش: إنما قال هذا لأن الشخص ربما لا يرغب في المرأة في أكثر من شهرين أو ثلاث بآفة عارضة في ذاته . أما الشخص السليم عن الآفة فلابد أن يجدد الرغبة في المرأة في شهر فصلح للشهر دليلاً على الحاجة .

م: (**فصلح**) ش: أي الشهر م: (**أن يكون علمًا ودليلاً**) ش: على وجود الحاجة والحكم يدار على دليلها، فإذا وجد وجه على ما أبيح لأجله الطلاق، فيكون نكاحًا مباحًا م: (**بخلاف الممتد طهرها**) ش: هذا جواب عن قياس قول محمد، بيانه هو قوله م: (**لأن العلم في حقها**) ش: أي لأن العلم على الحاجة في حقها م: (**هو الطهر**) ش: بعد الحيض، يعني تجدد طهر يعقبه الحيض م: (**وهو**) ش: أي تجدد الطهر م: (**مرجو فيها في كل زمان**) ش: لأنه يمكن أن تحيض فتطهر ، لأنها ليست يائسة ولا صغيرة م: (**ولا يرجى**) ش: أي تجدد الطهر م: (**مع الحمل**) ش: لأن الحامل لا تحيض، فإذا رأت دمًا لا يعتبر حيضها.

م: (**وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق**) ش: ويأثم بإجماع الفقهاء ، وعند الشيعة وابن علية وهشام بن الحكم والظاهرية لا يقع م: (**لأن النهي عنه**) ش: أي عن الطلاق في حالة الحيض م: (**لمعنى في غيره، وهو ما ذكرناه**) ش: وهو تطويل العدة ولاشتباه أمر العدة أوصله بالتدارك م: (**فلا تنعدم مشروعيته**) ش: لأن النهي إذًا لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية كما عرف في الأصول، قيل: المراد بالنهي ها هنا المستفاد من ضد الأمر المذكور من قوله تعالى: ﴿**فطلقوهن لعدتهن**﴾ (الطلاق: الآية١) ، أي لإظهار عدتهن. وقيل: المراد بالنهي قوله تعالى: ﴿ **ولا تمسكوهن ضرارًا لتعتدوا**﴾ (البقرة: الآية ٢٣١).

م: (**ويستحب**) ش: أي للرجل الذي طلق امرأته في حالة الحيض م: (**أن يراجعها**) ش: هذا لفظ القدوري -رحمه الله تعالى- ، وقال محمد في «الأصل» : وينبغي أن يراجعها م: (**لقوله ﷺ**)

لعمر: «مر ابنك فليراجعها»، وقد طلقها في حالة الحيض، وهذا يفيد الوقوع والحث على الرجعة، ثم الاستحباب. وقول بعض المشايخ .والأصح أنه واجب عملاً بحقيقة الأمر رفعًا للمعصية بالقدر الممكن برفع أثره

ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**لعمر -رضي الله تعالى عنه- مر ابنك فليراجعها**) ش: هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة عن عبد الله بن عمر -رضي الله تعالى عنهما- أنه طلق امرأته وهي حائض، فسأل عمر -رضي الله تعالى عنه- رسول الله ﷺ، فقال ﷺ: **«مره فليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر»** . م: (**فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها طاهراً قبل أن يمسها فتلك العدة التي أمر الله تعالى**».

وفي لفظ البخاري ومسلم «أنه طلق امرأته تطليقة واحدة وهي حائض». قوله: مره أي مر من أمر يأمر أمرًا، بهمزتين، فحذفت الهمزة التي هي فاء الفعل للاستثقال، واستغنى عن همزة الوصل فحذفت أيضًا، فصار مر على وزن عل والكاف في قوله: ابنك خطابًا لعمر بن الخطاب-رضي الله تعالى عنه- وابنه عبد الله.

م: (**وقد طلقها**) ش: الواو للحال، أي والحال أن ابن عمر قد كان طلق امرأته م: (**في حالة الحيض**) ش: وكان طلقها واحدة كما في الذي ذكرناه م: (**وهذا**) ش: إشارة إلى قوله ﷺ «فليراجعها» م: (**يفيد الوقوع**) ش: أي وقوع الطلاق إذ لا يتصور الرجعة بدون الوقوع م: (**والحث**) ش: أي ويفيد الحث م: (**على المراجعة**) ش: أي على أن يراجعها .

م: (**ثم الاستحباب**) ش: أي استحباب الرجعة م: (**وقول بعض المشايخ**) ش: وبه قال الشافعي وأحمد م: (**والأصح أنه**) ش: أي أن المراجعة أو الرجعة ذكر الضمير على تأويل الرجوع م: (**واجب عملاً بحقيقة الأمر**) ش: لأن مطلق الأمر للوجوب حقيقة. قال الأترازي: قال«صاحب الهداية» والأصح أنه واجب، ولأن فيه نظر محمدًا لم يذكر في الأصل لفظ الوجوب، بل قال: ينبغي له أن يراجعها.

قال في «الأصل»: وإذا طلق الرجل امرأته وهي حائض فقد أخطأ السنة، والطلاق واقع عليها، فينبغي أن يراجعها، وشمس الأئمة نقل في «المبسوط» لفظ محمد كذلك، ولم يذكر الوجوب، ثم قال الأترازي: نعم يحتمل أن تكون الرجعة واجبة، لأن الأمر بالمراجعة مطلق، ومطلق الأمر يدل على الوجوب انتهى، قلت: أراد الأترازي بقوله: التصرف فقط، إذ لا حاجة للتنظير فيه ولا للاعتذار بعد ذلك .

م: (**ورفعًا للمعصية**) ش: أي ولأجل رفع المعصية لأن إيقاع الطلاق في الحيض معصية والسبيل في رفع المعاصي برفعها م: (**بالقدر الممكن**) ش: أي بقدر ما أمكن كالبيع الفاسد، والنكاح الفاسد م: (**برفع أثره**) ش: أي يرفع أثر المعصية، وذكر الضمير على تأويل العصيان والمعصية

وهو العدة ، ودفعًا لضرر تطويل العدة. قال: فإذا طهرت وحاضت ثم طهرت فإن شاء طلقها ، وإن شاء أمسكها ، قال -رضي الله عنه- : وهكذا ذكر في «الأصل» ، وذكر الطحاوي - رحمه الله - أنه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة الأولى . قال أبو الحسن الكرخي ما ذكر الطحاوي قول أبي حنيفة ، وما ذكر في «الأصل» قولهما . ووجه المذكور في «الأصل» أن السنة أن يفصل بين كل طلاقين بحيضة ، والفاصل ها هنا بعض الحيضة ، فتكمل بالثانية ولا تتجزأ ، فتتكامل . وجه القول الآخر أن أثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة ،فصار كأنه لم يطلقها في الحيض ، فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه.

الطلاق في حالة الحيض م: (وهو) ش: أي أثره هو م: (العدة) ش: أي أثر الطلاق الذي هو سببه هو العدة م: (ودفعًا لضرر تطويل العدة) ش: أي ولأجل رفع الضرر بطول العدة عليها يرفعها بالمراجعة.

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله تعالى- : م: (فإذا طهرت) ش: أي بعد المراجعة م: (وحاضت ثم طهرت ، فإن شاء طلقها، وإن شاء أمسكها قال) ش: أي المصنف -رحمه الله- : م: (هكذا ذكر في الأصل) ش: أي هكذا ذكر محمد في «المبسوط» ، لأنه قال فيه : فإذا طهرت من حيضة أخرى طلقها واحدة قبل الجماع . وهذا يدل على أن الطهر الذي يقع في الطلاق هو الطهر الذي بعد حيضة أخرى، لا الطهر بعد حيضة أوقع فيها الطلاق . قال المصنف : م: (وذكر الطحاوي أنه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة الأولى . قال أبو الحسن الكرخي ما ذكره الطحاوي قول أبي حنيفة، وما ذكره في الأصل قولهما) ش: أي قول أبي يوسف ومحمد. وفي «الكافي» : هو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، وبه قال الشافعي في المشهور عنه ومالك وأحمد، وما ذكره الطحاوي برواية عن أبي حنيفة . وبه قال الشافعي في وجه .

م: (ووجه المذكور في الأصل أن السنة أن يفصل بين كل طلاقين بحيضة، والفاصل ها هنا بعض الحيضة فتكمل بالثانية ولا تتجزأ) ش: أي الحيضة الثانية م: (فتتكامل. وجه القول الآخر) ش: أراد به ما ذكره الطحاوي م: (أن أثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة، فصار كأنه لم يطلقها في الحيض، فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه) ش: أي يلي الحيض.

واعلم أن المصنف بين وجه القولين المذكورين بالمعاني الفقهية، ولم يرجع إلى الحديث المروي في الباب ، لأن كل واحدة من الروايتين مروية في الحديث. فروى البخاري بإسناده إلى نافع عن عبد الله بن عمر - رضي الله تعالى عنهما- أن رسول الله ﷺ قال لعمر - رضي الله تعالى عنه - مر ابنك فليراجعها . . . الحديث، وقد ذكرناه عن قريب، وهذا يدل على رواية الأصل. وروى الترمذي في «جامعه» بإسناده إلى سالم عن ابن عمر أنه عليه السلام قال : مره فليراجعها . . . الحديث.

ومن قال لامرأته : وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها ، أنت طالق ثلاثًا للسنة ، ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة لأن اللام فيه لـلوقت ووقت السنة طهر لا جماع فيه. وإن نوى أن تقع الثلاث الساعة أو عند رأس كل شهر واحـدة فهو على ما نوى، سـواء كانت في حـالة الحيض أو في حـالة الـطهر . وقـال زفر : لا تـصح نية الجـمع لأنه بدعة وهي ضد السنة . ولنا أنه يحـتمل لفظه لأنه سني وقوعًا من حيث أن وقوعه بالسنة

وقد ذكرناه أيضًا ، وهذا يدل على رواية الطحاوي فلأجل التعارض بينهما لم يذكرهما المصنف واكتفى بما ذكره في الكتاب .

م: (**ومن قـال لامرأته وهي من ذوات الحـيض وقـد دخل بها أنت طالق ثلاثًا لـلسنة ولا نية له فـهي طالق عند كل طهر تطليقة**) ش: هذا إذا لم يجامعها وهي طاهرة، ولو جامعها فيه لا يقع حتى تحيض وتطهر إذا لم ينو شيئًا أو نوى عند كل طهر تطليقة وعند الشافعي ورواية عن أحمد يقع الثلاث في الحال إذا لم يجامعها وهي طاهرة . ولو جامعها في ذلك الطهر لا تطلق الثلاث حتى تحيض وتطهر ، لأن عنده لا سنة ولا بدعة في العدد حتى ولو نوى تفريق الثلاث على الأطهار لا يقبل قوله في المشهور عنه . وعن بعض أصحابه يقبل وقال مالك : لا أعرف المباح من الطلاق إلا واحدة، فيكون الثلاث بدعيًا عنده ، وقيد به وقد دخل بها لأن غير المدخول بها تطلق ثلاثًا في الحال بالإجماع .

م: (**لأن اللام فيه**) ش: أي في قوله للسنة م: (**للوقت**) ش: بأن يستعار الوقت فكأنه قال : وقت السنة م: (**ووقت السنة**) ش: في الطلاق م: (**طهر لا جماع فيه**) ش: أي طهر خال عن الجماع .

م: (**وإن نوى أن تقع الثلاث السـاعة أو عند رأس كل شـهر واحدة فـهو على ما نوى سـواء كانت**) ش: أي تلك الساعة م: (**في حالة الحيض أو في حالة الطهر . وقال زفر : لا تصح نية الجمع لأنه**) ش: أي لأن الجمع بين الثلاث م: (**بدعة وهي**) ش: أي البدعة م: (**ضد السنة**) ش: والشيء لا يحتمل ضده ، فقد نوى ما لا يحتمل لفظه فيلغو .

م: (**ولنا أنه**) ش: أي أن الجمع م: (**يحتمل لفظه**) ش: وهو السنة من حيث الوقوع م: (**لأنه سني وقوعًا**) ش: أي من حيث الوقوع م: (**من حيث أن وقوعه**) ش: أي وقوع الثلاث جملة عرف م: (**بالسنة**) ش: وهو قوله- عليه السلام- : «**من طلق امرأته ألفًا بانت منه بثلاث، والباقي رد عليه**»[1] .

((1) أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٠) من حديث علي رضي الله عنه قال : سمع النبي ﷺ رجلاً طلق البتة فغضب ، وقال : « تتخذون آيات الله هزوًا أو دين الله هزوًا ولعبًا . من طلق البتة ألزمناه ثلاثًا لا تحل له حتى تنكح زوجًا غيره» قال عبد الحق في «أحكامه» : في إسناده إسماعيل بن أبي أمية الكوفي ، عن عثمان بن مطر عن عبد الغفور بن عبد العزيز الواسطي وكلهم ضعفاء .

قلت : ولم أجد اللفظ المذكور في حديث .

لا إيقاعًا فلم يتناوله مطلق كلامه وينتظمه عند نيته . وإن كانت آيسة أو من ذوات الأشهر وقعت الساعة واحدة وبعد شهر أخرى ، لأن الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الأقراء على ما بينا.وإن نوى أن يقع الثلاث الساعة ، وقعن عندنا لما قلنا .بخلاف ما إذا قال : أنت طالق للسنة ولم ينص على الثلاث حيث لا تصح نية الجمع فيه لأن نية الثلاث إنما صحت فيه من حيث إن اللام فيه للوقت ، فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورته تعميم الواقع فيه ،

م: (**لا إيقاعًا**) ش: لأن إيقاع الثلاث جملة مكروه م: (**فلم يتناوله مطلق كلامه**) ش: لأن المطلق ينصرف إلى الكامل وذا في السني وقوعًا وإيقاعًا .

فإن قيل: الوقوع بدون الإيقاع محال لأنه انفعال فإذا صح الوقوع صح الإيقاع ، فكان سنيًا وقوعًا وإيقاعًا ، وليس كذلك .

أجيب : بأن الوقوع لا يوصف بالحرمة ، لأنه ليس فعل مكلف ، ولأنه حكم شرعي وهو لا يوصف بالبدعة ، والإيقاع يوصف بهما لكونه فعل المكلف ، فكان أشبه بالسنة المرضية ، فكذلك قال سني وقوعًا .

م: (**وينتظمه**) ش: أي ينتظم الجمع م: (**عند نيته**) ش: لأنه سني من وجه ، فكان محتمل لفظ السنة ، وفيه تشديد على نفسه على ذلك ، فصح نيته كما لو قال : كل مملوك لي حر لا يتناول المكاتب لقصور الملك يدًا . ولو نواه يصح ويعتق، وكذا لو حلف لا يأكل لحمًا لا يتناول لحم السمك لقصوره في اللحمية ، ولو نواه صح ويحنث بأكله م: (**وإن كانت آيسة أو من ذوات الأشهر**) ش: يعني صغيرة مدخولاً بها ، فقال : أنت طالق ثلاثًا للسنة م: (**وقعت الساعة**) ش: بالنصب على أنها ظرف م: (**واحدة**) ش: أي طلقة واحدة م: (**وبعد شهر أخرى**) ش: أي يقع بعد شهر طلقة أخرى م: (**لأن الشهر في حقها دليل الحاجة**) ش: كما تقدم وأن الشهر في حقها قائم مقام الحيض م: (**كالطهر في حق ذوات الأقراء على ما بينا**) ش: إشارة إلى ما ذكر في التعليل قريبًا من ورقة بقوله : لأن الشهر في حقها قائم مقام الحيض .

م: (**وإن نوى أن تقع الثلاث الساعة وقعن عندنا خلافًا لزفر لما بينا**) ش: إشارة إلى قوله : لأنه سني وقوعًا م: (**بخلاف ما إذا قال : أنت طالق للسنة، ولم ينص على الثلاث، حيث لا تصح نية الجمع فيه**) ش: قيل : هكذا ذكر فخر الإسلام ، والصدر الشهيد ، وصاحب «المختلفات»، وعلاء الأئمة السمرقندي م: (**لأن نية الثلاث إنما صحت فيه من حيث أن اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت، ومن ضرورته تعميم الواقع**) ش: أي ومن ضرورة تعميم الوقت الذي هو ظرف الوقوع تعميم الواقع فيه م: (**فيه**) **ش:** أي يلزم من ضرورة تعميم الوقت يعمم الواقع فيه أي في الوقت ، لأنه جعل الوقت **ظرفًا للواقع** ، وقد تكرر الظرف ، فيتكرر المظروف .

فإذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا تصح نية الثلاث .

م: (فـإذا نوى الجمع، بطل تـعمـيم الوقت) ش: فيبطل تـعميم الواقع فيه، لأن بطلان المقتضى يوجب بطلاق المقتضى م: (فلا تصح نية الثلاث) ش: بخلاف ما إذا ذكر ثلاثًا، لأن الثلاث مذكور صريحًا، فتصح نيته. وقال الأترازي بعد قوله : ومن ضرورة تعميم الواقع فيه: ولنا فيه نظر، لأن تعميم الوقت لا يستلزم تعميم الواقع فيه ألا ترى أنه لو قال لامرأته أنت طالق كل يوم ولم تكن له نية لا تقع إلا طلقة واحدة عندنا، خلافًا لزفر، لأن الوقت عام كما ترى من لفظ العموم، ولم يلزم منه عموم الواقع انتهى. ودفع نظره بأن المراد من تعميم الوقت تعميم وقت السنة لا مطلق الوقت، فيلزم من تعميمه تعميم الواقع.

* * *

فصل

ويقع طلاق كل زوج إذا كان عاقلاً بالغًا، ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم لقوله ﷺ: «كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون»،

م: (فصل)

ش:أي هذا فصل. لما ذكر طلاق السنة لأنه الأصل، وذكر ما يقابله من طلاق البدعة، شرع في بيان من يقع طلاقه ومن لا يقع.

م: (**ويقع طلاق كل زوج إذا كان بالغًا عاقلاً**) ش: وهذا بالإجماع م: (**ولا يقع طلاق الصبي**) ش: وفي «المغني» للحنابلة: إذا عقل الصبي الطلاق فطلق لزمه، وهو أكثر الروايات عن أحمد، واختاره أبو بكر والخرقي وابن حامد، وزعموا أن ذلك مروي عن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والشعبي وإسحاق وروى أبو الحارث عنه إذا عقل الطلاق جاز طلاقه ما بين العشر إلى ثنتي عشرة. وفي «الجامع»: إذا كان الصبي مجبوبًا وفرق بينهما بالجب، يكون طلاقًا على المذهب، وإن لم يقع طلاق الصبي ومنهم من جعله فسخًا.

م: (**والمجنون**) ش: من جن الرجل وأجنه الله فهو مجنون، ولا تقل مجين، وقيل الفاصل بين المجنون والمعتوه والعاقل أن العاقل من يستقيم كلامه وأفعاله، والمجنون ضده، والمعتوه من يكون ذلك منه على السواء.

وقيل: المجنون من يفعل ما يفعله المجانين أحيانًا عن قصد، والعاقل ما يفعله المجانين أحيانًا لا عند قصد، على ظن الصلاح. والمعتوه يفعل ما يفعله المجانين عن قصد مع ظهور الفساد.

وفي «الصحاح» المعتوه: الناقص العقل. وفي «الذخيرة» من كان قليل الفهم، مختلط الكلام، فاسد التدبير إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعله المجنون.

م: (**والنائم**) ش: وفي «الذخيرة» وطلاق النائم غير واقع ولا موقوف وإن أجاز بعد ما انتبه ولو قال النائم أوقعت ما تلفظت به في النوم لا يقع. وفي «المحيط». إن أجازه بعد بأن قال: أجزت الطلاق يقع م: (**لقوله ﷺ**) ش: أي لقول النبي ﷺ «**كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون**»[1] هذا حديث غريب، وذكر المصنف أيضًا في الحجة لكن بلفظ المعتوه عوض المجنون.

وأخرج الترمذي عن عطاء بن عجلان عن عكرمة بن خالد المخزومي عن أبي هريرة -رضي الله تعالى عنه- قال: قال رسول الله ﷺ: «**كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله**»

---

(١) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٤٢٦): حديث غريب، وأورده من رواية الترمذي عن عطاء بن عجلان عن عكرمة بن خالد المخزومي عن أبي هريرة وقال أي الترمذي: هذا الحديث لا نعرفه مرفوعًا إلا من رواية عطاء بن عجلان وهو ضعيف ذاهب الحديث راجع الترمذي (١٢٠٢٩) باب ما جاء في طلاق المعتوه.

ولأن الأهلية بالعقل المميز وهما عديما العقل ، والنائم عديم الاختيار. وطلاق المكره واقع خلافًا للشافعي - رحمه الله - هو يقول أن الإكراه لا يجامع الاختيار ، وبه يعتبر التصرف الشرعي ، بخلاف الهازل ، فإنه مختار في التكلم بالطلاق ؛ ولنا : أنه قصد إيقاع الطلاق في منكوحته في حال أهليته فلا يعرى عن قضيته دفعًا لحاجته اعتبارًا بالطائع ، وهذا لأنه عرف الشرين واختار أهونهما وهذا آية القصد والاختيار إلا أنه غير راض بحكمه

وقال : هذا حديث لا نعرفه مرفوعًا من حديث عطاء ، وهو ضعيف ذاهب الحديث وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» حدثنا حفص بن غياث عن حجاج عن عطاء عن ابن عباس قال: لا يجوز طلاق الصبي وفي «شرح الطحاوي»، ولو أن الصبي والمجنون طلق امرأته لم يقع طلاقه، وكذا المغمى عليه [. . .] والمدهوش والنائم والمعتوه، والذي يشرب الدواء مثل البنج ونحوه فتغير عقله إذا طلق واحد من هؤلاء زوجته لم يقع طلاقه م: **(ولأن الأهلية بالعقل والتميز وهما)** ش: أي الصبي والمجنون م: **(عديما العقل والنائم عديم الاختيار)** ش: وشرط التصرف الشرعي إنما هو بالاختيار م: **(وطلاق المكره واقع)** ش: وهو قول عمر بن الخطاب -رضي الله تعالى عنه- وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن عمر -رضي الله عنهم- وبه قال الشعبي وابن جبير والنخعي والزهري وسعيد بن المسيب وشريح القاضي وأبو قلابة عبد الله بن زيد الجرمي التابعي الكبير، وقتادة والثوري م: **(خلافًا للشافعي)** ش: فإنه يقول : لا يقع طلاق المكره، وبه قال مالك وأحمد، ويروى عن ابن عباس، وابن عمر وابن الزبير -رضي الله تعالى عنهم- ومن التابعين الحسن وعطاء والضحاك.

م: **(هو)** ش: أي الشافعي م: **(يقول أن الإكراه لا يجامع الاختيار وبه)** ش: أي وبالاختيار م: **(يعتبر التصرف الشرعي)** ش: ولا اعتبار في التصرف إلا باختيار م: **(بخلاف الهازل، فإنه مختار في التكلم بالطلاق)** ش: واستدل الشافعي أيضًا بقوله -عليه السلام- : **«رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استُكرِهوا عليه»**.

م: **(ولنا أنه)** ش: أي أن المكره م: **(قصد إيقاع الطلاق في منكوحته في حال أهليته)** ش: أي في حال عقله وتميزه وكونه مخاطبًا ، وبالإكراه لا يخرج عن ذلك م: **(فلا يعرى عن قضيته)** ش: أي عن حكمه ، لئلا يلزم تخلف الحكم عن علته م: **(دفعًا لحاجته)** ش: أي لحاجة المكره وحاجته أن يتخلص عما توعد به من القتل والجرح ونحو ذلك م: **(اعتبارًا بالطائع)** ش: وفي وقوع طلاقه دفعًا لحاجته م: **(وهذا)** ش: إشارة إلى قوله والطلاق م: **(لأنه عرف الشرين واختار أهونهما)** ش: أي أهون الشرين وهو الطلاق م: **(وهذا آية القصد)** ش: أي علامة القصد م: **(والاختيار)** ش: وهذا جواب عن قوله : الإكراه لا يجامع الاختيار م: **(إلا أنه)** ش: أي غير أن المكره م: **(غير راض بحكمه)** ش: الضمير يرجع إلى إيقاع الطلاق وحكمه وقوع الطلاق وهذا جواب عما يقال : لو كان المكره مختارًا لما كان له اختيار فسخ العقد الذي باشره مكره من البيع والشراء والإجارة وغيرها وليس

وذلك غير مخل به كالهازل . وطلاق السكران واقع .

كذلك . وتقريره أنه غير راض بحكمه م: (وذلك) ش: أي عدم الرضى بحكم الطلاق م: (غير مخل) ش: أي بحكمه م: (كالهازل) ش: فإنه يقع طلاقه مع عدم الرضى بوقوعه .

وأصحابنا استدلوا أيضًا بما روي عن علي وابن عباس وابن مسعود أنهم قالوا : كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والصبي . وحديث أبي هريرة -رضي الله تعالى عنه- أيضًا الذي رواه الترمذي وقد ذكرناه . والجواب عن الحديث الذي استدل به الشافعي أنه لا حجة له لأن التجاوز والعفو عن الطلاق والعتاق لا يصح لأنه غير مذنب فلم يدخل تحت الحديث .

م: (وطلاق السكران واقع) ش: وكذا يصح إعتاقه وخلعه ، وبه قال الشافعي في المنصوص والأصح ، وهو قول الثوري ومالك وأحمد في رواية وفي «المبسوط» المنصوص للشافعي جديداً وقديمًا وقوع طلاق السكران ، ونص في الظهار على قولين ، فمنهم من نقل من الظهار قولاً إلى الطلاق ، ومعظم العلماء صاروا إلى وقوع طلاق السكران . وفي «المغني» : وهو قول سعيد بن المسيب ومجاهد وعطاء والحسن البصري وإبراهيم النخعي والأوزاعي وميمون بن مهران والحكم وشريح وسليمان بن يسار ومحمد بن سيرين وابن شبرمة وسليمان بن حرب وابن عمر وعلي وابن عباس ومعاوية -رضي الله تعالى عنهم- ، وبه قال قتادة ، وحميد ، وجابر بن زيد ، وابن أبي ليلى وعمر بن عبد العزيز والحسن بن حميد .

وقال ابن حزم : أجاز مالك جميع تصرفاته الأربعة لقول أصحابنا وروى ابن وهب عنه أنه يجوز طلاقه دون نكاحه . وقال صاحب مطرف بن عبد الله لا يلزمه شيء من تصرفاته الأربعة ، الطلاق والعتق والقتل والقذف . وعن عثمان -رضي الله تعالى عنه- أنه لا يقع طلاقه ، وبه قال طاووس والقاسم بن محمد ويحيى بن سعيد الأنصاري ، وربيعة وعبد الله بن الحسن والليث بن سعد وإسحاق وأبو ثور والمزني وأبو سليمان وابن شريح وأبو طاهر الزيادي وأبو سهل الصعلوكي وابنه سهل من الشافعية وزفر بن هذيل وأبو جعفر الطحاوي وأبو الحسن الكرخي وقال عثمان البتي : لا يلزمه منه عقد ولا بيع ولا نكاح ولا حد إلا حد الخمر فقط .

وقال الليث : لا يلزمه شيء بقوله ، وأما ما عمل بيده من قتل أو سرقة أو زنى فإنه يقام عليه . وفي «الذخيرة» : طلاق السكران واقع إذا سكر من الخمر والنبيذ ، ولو أكره على الشرب فسكر أو شرب للضرورة فذهب عقله يقع طلاقه . وفي جوامع الفقه عن أبي حنيفة : يقع ، وبه أخذ شداد ولو ذهب عقله بدواء أو أكل البنج لا يقع .

وذكر عبد العزيز الترمذي أنه قال : سئل أبو حنيفة وسفيان الثوري عن رجل شرب البنج فارتفع إلى رأسه فطلق ، قالا : إن كان يعلم حين شرب ما هو؟ يقع وإلا لا يقع . ولو شرب الخمر ولم يوافقه فصعد منه فزال عقله وقع طلاقه . ولو سكر من الأنبذة المتخذة من الحبوب والعسل لا

واختيار الكرخي والطحاوي - رحمهما الله - أنه لا يقع وهو أحد قولي الشافعي -رحمه الله - لأن صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل، فصار كزواله بالبنج والدواء . ولنا : أنه زال بسبب هو معصية ، فجعل باقيًا حكمًا زجرًا له ،

يقع طلاقه عندهما ، وعند محمد يقع .

وفي الينابيع : لو سكر بالبنج والدواء لا يقع طلاقه بالإجماع ، كالنائم بخلاف ما لو شرب رأسه حتى زال عقله ، فإنه لا ينفذ تصرفاته ولا يجعل عقله باقيًا ، وإن كان زوال بمعصية لنذوره ولهذا لا يشرع فيه حد . ذكره في المحيط بخلاف زواله بالخمر ونحوه أي فاعتبر عقله باقيًا ، ووجب عليه الفرائض زجرًا له .

م: (**واختيار الكرخي والطحاوي أنه**) ش: أي طلاق السكران م: (**لا يقع وهو أحد قولي الشافعي لأن صحة القصد بالعقل وهو زائل فصار كزواله بالبنج والدواء**) ش:، أي كزوال العقل باستعمال البنج وشرب الدواء ، فإن فيهما لا يقع الطلاق بالاتفاق .

وكذا إذا أكل الأفيون أو شرب لبن الرمكة فسكر به ، والبنج تعريب -بنك- قال في المغرب : وهو نبت له حب يسكر ، وقيل : يثبت ورقه وقشره وبزره . وفي «القانون» : هو سم يخلط العقل ويبطل الذكر ويحدث جنونًا وخناقًا .

م: (**ولنا أنه زال بسبب هو معصية فجعل**) ش: أي عقله م: (**باقيًا حكمًا زجرًا له**) ش: أي عقوبة عليه . قيل في كلامه تسامح ، لأنه جعل العقل زائلاً بالسكر وليس كذلك عندنا لأنه مخاطب ولا خطاب بلا عقل بل هو مغلوب .

وأجيب : بأن المغلوب كالمعدوم ، فلذلك أطلق عليه الزوال . ويقال : ولئن سلمنا أنه زوال ولكنه حاصل بسبب هو معصية فلم يؤثر في إسقاط ما بني على التكليف ، بل يجعل باقيًا زاجرًا وتنكيلاً ، ألا ترى أنه ألحق بالصاحي في حق وجوب القصاص ، وحد القذف حتى لو قتل أو قذف في هذه الحالة يجب القصاص وحد القذف ، فلأن يلحق بالصاحي فيما لا يسقط بالشبهة أولى . واعترض بوجهين أن شرب المسكر كسفر المعصية فما بال السفر صار سببًا للتخفيف دون شرب المسكر . والثاني : أنه لما جعل العقل باقيًا في الطلاق حكمًا زجرًا له كانت الردة والإقرار بالحدود أولى لأن الزجر والعقوبة هناك أتم .

وأجيب عن الأول : بأن الشراب نفسه معصية ليس فيه إن كان انفصال ولا جهة إباحة يصلح لإضافة التخفيف . وعن الثاني : بأن الركن في الردة الاعتقاد ، والسكران غير معتقد لما يقول فلا نحكم بردته ، لانعدام ركنها للتخفيف عليه بعد تقرر السبب ، وأما الإقرار بالحدود فإن السكران لا يثبت على شيء مما أقر به ، فيؤثر فيما يحتمل الرجوع .

حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول أنه لا يقع طلاقه وطلاق الأخرس واقع بالإشارة، لأنها صارت معهودة ، فأقيمت مقام العبارة دفعًا للحاجة ، وستأتيك وجوهه في آخر الكتاب إن شاء الله . وطلاق الأمة ثنتان ، حرًا كان زوجها أو عبدًا ،وطلاق الحرة ثلاث ، حرًا كان زوجها أو عبدًا . وقال الشافعي- رحمه الله- : عدد الطلاق معتبر بحال الرجال

م: (**حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع ، نقول : إنه لا يقع طلاقه**) ش: لأن حكمه يصير كحكم الإغماء .

م: (**وطلاق الأخرس واقع بالإشارة**) ش: إن كانت له إشارة تعرف في نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشرائه يقع استحسانًا، سواء قدر على الكتابة أم لا . وبه قال الشافعي ومالك لأنه يحتاج إلى ما يحتاج إليه الناطق، ولو لم يجعل إشارته كعبارة الناطق لأدى إلى الحرج وهو مدفوع شرعًا.

وقال شمس الأئمة السرخسي في« المبسوط» : وإن كان الأخرس لا يكتب وكانت له إشارة في الأشياء التي ذكرناها فهو جائز استحسانًا، وفي القياس : لا يقع شيء من ذلك بإشارته لا يستبين من إشارة الأخرس حروف منظومة، فبقي مجرد قصد الإيقاع ، وبهذا لا يقع . وإن لم يكن له إشارة معلومة تعرف ذلك منه أو يشك فيه فهو باطل، لعدم الوقوف على مراده.

وفي «الينابيع» : هذا إذا ولد أخرس أو طرأ عليه ودام، وإن لم يدم لم يقع طلاقه . وقال قتادة : يطلق ولي الأخرس ومثله عن الحسن البصري.

م: (**لأنها**) ش: أي لأن إشارة الأخرس م: (**صارت معهودة فأقيمت مقام العبارة دفعًا للحاجة**) ش: أي لأجل دفع حاجته م: (**وستأتيك وجوهه**) ش: أي وجوه طلاق الأخرس م: (**في آخر الكتاب**) ش: أي في آخر كتاب «الهداية» لا في آخر كتاب الطلاق .

م: (**وطلاق الأمة ثنتان**) ش: أنث الطلاق باعتبار التطليق م: (**حرًا كان زوجها أو عبدًا . وطلاق الحرة ثلاث حرًا كان زوجها أو عبدًا**) ش: وهو قول علي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود-رضي الله تعالى عنهما- رواه ابن حزم في «المحلى»، فقال : ولا يثبت ذلك عن ابن عباس -رضي الله تعالى عنه- .

م: (**وقال الشافعي عدد الطلاق معتبر بحال الرجال**) ش: والعدة بالنساء ، وبه قال مالك في «الموطأ» ، وعند أصحابنا عدة الطلاق معتبرة بالنساء وكذا العدة، وبه قال سفيان وأحمد وإسحاق . وثمرة الخلاف تظهر في حرة تحت عبد، أو في أمة تحت حر، ولا خلاف في حرة تحت حر أو في أمة تحت عبد، وقال السروجي : قال داود وهمام وقتادة ومجاهد والحسن البصري وابن سيرين وعكرمة ونافع وعبيدة السليماني ومسروق وحماد بن أبي سليمان والحسن بن جني والثوري والنخعي والشعبي : يطلق العبد الحرة ثلاثًا، وتعتد بثلاث حيض، ويطلق الحر الأمة

لقوله ﷺ: «الطلاق بالرجال والعدة بالنساء» ، ولأن صفة المالكية كرامة ، والآدمية مستدعية لها ، ومعنى الآدمية في الحر أكمل ، فكانت مالكيته أبلغ وأكثر . ولنا قوله عليه السلام :« طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان»،

ثنتين وتعتد بحيضتين، وعند الأئمة الثلاث مالك والشافعي وأحمد : يطلق الحر الأمة ثلاثًا وتعتد بحيضتين، ويطلق العبد الحرة ثنتين وتعتد بثلاث حيض، حرر ذلك الرافعي وصاحب «الأنوار» وابن حزم عنهم.

م: (**لقوله ﷺ**) ش: أي لقول النبي ﷺ «**الطلاق بالرجال والعدة بالنساء**»[1] هذا الحديث غريب مرفوعًا، ورواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» موقوفًا على ابن عباس ، ورواه الطبراني في «معجمه» موقوفًا على ابن مسعود. ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» موقوفًا على عثمان ، وزيد بن ثابت ، وابن عباس -رضي الله تعالى عنهم- .

وجه الاستدلال به أنه ﷺ قابل الطلاق بالعدة على وجه يختص كل واحد منهما بجنس على حدة ، ثم اعتبار العدة بالنساء من حيث القدر ، فيجب أن يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر ، وتحقيقًا للمقابلة.

وأشار المصنف إلى تعليله بقوله م: (**لأن صفة المالكية**) ش: أي كون الشخص مالكًا م: (**كرامة، والآدمية مستدعية لها**) ش: أي الكرامة بتكريم الله تعالى : ﴿ **ولقد كرمنا بني آدم** ﴾ (الإسراء: الآية ٧٠) م: (**ومعنى الآدمية في الحر أكمل**) ش: فإن العبد يشتمل على جهة الآدمية والمالكية ، ولهذا يباع في الأسواق كما تباع الدواب والثياب، وتجب القيمة في قتله، كما في البهيمة م: (**فكانت مالكيته أبلغ وأكثر**) ش: وقال الأكمل: فإن قلت : الدليل أخص من المدعي إذ المدعي أن الطلاق بالزوج حرًا كان أو عبدًا، والدليل يدل على أن الزوج إذا كان حرًا كان مالكًا.

قلت: إذا ثبت ذلك للحر ثبت للعبد لعدم القائل بالفصل.

م: (**ولنا قوله ﷺ :طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان**):[2] ش: وهذا الحديث روي عن عائشة - رضي الله تعالى عنها - ، أخرجه الترمذي وابن ماجة .

---

(١) قال الزيلعي في«نصب الراية» (٣/ ٤٣٠) : غريب مرفوعًا وقال ابن الجوزي في «التحقيق» : وقد روى بعضهم عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال: «الطلاق بالرجال والعدة بالنساء» قال : وإنما هذا من كلام ابن عباس انتهى ، ورواه عبد الرزاق في «مصنفه » موقوفًا على عثمان وزيد بن ثابت وابن عباس .

(٢) أخرجه أبو داود « باب سنة طلاق العبد » [٢١٨٩] الترمذي « باب ما جاء أن طلاق الأمة تطليقتان» [١١٩٩] وابن ماجة [٢٠٨٠] والحاكم (٢/ ٢٥) . وهو ضعيف

وعلته مظاهر بن أسلم نقل الذهبي في «الميزان» تضعيفه عن أبي عاصم ويحيى بن معين وأبي حاتم الرازي ، والبخاري ، وقال العقيلي : منكر الحديث . راجع «نصب الراية» (٣/ ٤٣٣) بتحقيق أيمن صالح .

ولأن حل المحلية نعمة في حقها وللرق أثر في تنصيف النعم، إلا أن العقدة لا تتجزأ فتكامل عقدتان . وتأويل ما روى أن الإيقاع بالرجال.

وقال أبو داود بعد أن أخرجه : هذا الحديث مجهول، وقال الترمذي: حديث غريب لا نعرفه مرفوعًا إلا من حديث مظاهر بن أسلم، لا يعرف له في العلم غير هذا الحديث. ونقل الذهبي في «ميزانه» تضعيف مظاهر عن أبي عاصم النبيل ويحيى بن معين وأبي حاتم الرازي والبخاري، ونقل توثيقه عن ابن حبان.

قلت: التوثيق أقوى لأن الأصل في الراوي العدالة.

وأخرج ابن ماجة هذا الحديث عن ابن عمر مرفوعًا نحوه سواء، ورواه البزار في «مسنده» والطبراني في «معجمه» والدارقطني في «سننه». وقال الدارقطني : تفرد به عمر بن مسيب وهو ضعيف لا يحتج بروايته والصحيح ما رواه نافع وسالم عن ابن عمر من قوله ، وأخرج الحاكم هذا من حديث ابن عباس، وقال: الحديث صحيح ولم يخرجاه. وقال ذلك بعد أن خرج حديث عائشة ، وقال: مظاهر بن أسلم شيخ من البصرة ولم يذكره أحد من متقدمي مشايخنا.

وجه الاستدلال بهذا أنه -عليه السلام- ذكر الأمة بلام التعريف ولم يكن ثمة معهود، فكان للجنس، وهو يقتضي أن يكون طلاق هذا الجنس اثنتين، فلو كان اعتبار الطلاق بالرجال لكان بعض الإماء ثنتين ، ولم تبق اللام للجنس.

فإن قيل: يجوز أن يكون المراد بها الأمة تحت العبد عملاً بالحديثين.

أجيب : بأنه يقتضي أن تكون الهاء في عدتها عائدًا لها، فيكون تخصيصًا لها بكون عدتها حيضتين ، إذ لا مرجع للضمير سواها، وليس كذلك، فإن عدة الأمة حيضتين سواء كان حرًا أو عبدًا بالاتفاق، وفيه نظر لجواز أن يكون من باب الاستخدام، ويكون المراد بالأمة أمة تحت عبد، والضمير عائد إلى مطلق الأمة. والجواب أن ذلك خطابية لا يجري في مقام الاستدلال.

م: **(ولأن حل المحلية)** ش: أي حل أن تكون المرأة محلاً للنكاح م: **(نعمة في حقها)** ش: أي في حق المرأة، لأنها تتوصل بذلك إلى دور النفقة والسكنى والازدواج وتحصين الفرج وغيرها م: **(وللرق أثر في تنصيف النعم)** ش: فيكون للحر أزيد منه للعبد ولا يملك العبد من التزوج أكثر من اثنتين، فكذا في حق النساء، فإنه لا يتزوج مع الحرة ولا بعد هذا، كأنه جواب عما يقال لما كان حل المحلية نعمة في حق الحرة وجب تنصيفه في حق الأمة بتطليقة ونصف، فأجاب بقوله م: **(إلا أن العقدة)** ش: أي التطليقة م: **(لا تتجزأ)** ش: أي لا يمكن تجزئتها م: **(فتكامل عقدتين)** ش: أي تطليقتين.

م: **(وتأويل ما روى)** ش: أي الشافعي م: **(أن الإيقاع بالرجال)** ش: يعني قوله الطلاق بالرجال

وإذا تزوج العبد امرأة بإذن مولاه وطلقها وقع طلاقه ، ولا يقع طلاق مولاه على امرأته ، لأن ملك النكاح حق العبد فيكون الإسقاط إليه دون المولى.

أي إيقاع الطلاق بالرجال ، فإن قيل : هذا معلوم فلا يحتاج إلى ذكره .

أجيب : بل كان إلى ذكره حاجة لأن المرأة في الجاهلية إذا كرهت الزوج غيرت البيت ، وكان ذلك طلاقًا منها ، فرفع ذلك بقوله -عليه السلام- : **«الطلاق بالرجال»** .

م: (**وإذا تزوج العبد امرأة بإذن مولاه وطلقها وقع طلاقه، ولا يقع طلاق مولاه على امرأته ، لأن ملك النكاح حق العبد فيكون الإسقاط إليه دون المولى**) ش: لأن ملك النكاح من خواص الآدمية والعبد فبقي فيها على أصل الحرية ، فكان يجب أن يملك النكاح بدون إذن مولاه، لكن لو قلنا به لتضرر المولى فتركناه .

***

باب إيقاع الطلاق

الطلاق على ضربين : صريح وكناية . فالصريح قوله : أنت طالق ، ومطلقة ، وطلقتك، فهذا يقع به الطلاق الرجعي ، لأن هذه الألفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره، فكان صريحًا ، وأنه يعقب الرجعة بالنص، ولا يفتقر إلى النية ، لأنه صريح فيه ، لغلبة الاستعمال . وكذلك إذا نوى الإبانة لأنه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه . ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين في القضاء

م: **(باب إيقاع الطلاق)**

ش: أي هذا باب في بيان إيقاع الطلاق . ولما ذكر أصل الطلاق ووصفه شرع في بيان تنوعه من حيث الإيقاع على ما يجيء بيانه مفصلاً إن شاء الله تعالى .

م: **(الطلاق)** ش: أي التطليق م: **(على ضربين : صريح)** ش: أي أحدهما : صريح وهو ما ظهر المراد به ظهورًا بينًا ، بحيث يسبق إلى فهم السامع مراده م: **(وكناية)** ش: أي والثاني كناية وهي ما لا يظهر المراد منه إلا بنية . ثم الطلاق لا يقع بمجرد العزم والنية عند أئمة العرب وأصحابهم ، وقال الزهري : يقع بمجرد العزم والنية من التطليق .

م: **(فالصريح قوله)** ش: أي قول الرجل لامرأته م: **(أنت طالق ومطلقة وطلقتك، فهذا يقع به الطلاق الرجعي)** ش: أي الطلاق الرجعي م: **(لأن هذه الألفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحًا وأنه يعقب الرجعة بالنص)** ش: وهو قوله تعالى : ﴿ **وبعولتهن أحق بردهن في ذلك**﴾ (البقرة : ٢٢٨) سماه بعلاً فدل على أن الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية .

فإن قلت: لفظ الرد يدل على زوال ملكه .

قلت: أطلق اسم الرد بعد انعقاد سبب زوال الملك ، فيكون رد السبب من إثبات زوال الملك ، ويكون فسخًا للسبب ، ويطلق الرد على الفسخ كما يقال : رده بالعيب وأنه فسخ .

م: **(ولا يفتقر إلى النية لأنه صريح فيه لغلبة الاستعمال)** ش: أي على الطلاق ولا دلالة على البينونة ، وهذا بإجماع الفقهاء . وقال داود : يفتقر الصريح إلى النية لاحتمال غير الطلاق .

قلت: هذا الاحتمال مرجوح ، فلا يعتبر نفي الاستعمال في الطلاق والنية في تعيين المبهم والإبهام فيه م: **(وكذا)** ش: أي وكذا يكون معقبًا للرجعة م: **(إذا نوى الإبانة)** ش: بلفظ الصريح م: **(لأنه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه)** ش: كالوارث إذا قتل مورثه يحرم الميراث ، لأنه قصد تعجيل ما أخره الشرع.

م: **(ولو نوى الطلاق عن وثاق)** ش: بفتح الواو وكسرها لغتان ، والأفصح الفتح ، يعني لو نوى الطلاق عن قيد م: **(لم يدين في القضاء)** ش: يعني لم يصدق قضاء . وفي المغرب : قولهم

لأنه خلاف الظاهر، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمله . ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ، ولا فيما بينه وبين الله تعالى ، لأن الطلاق لرفع القيد وهو غير مقيد بالعمل. وعن أبي حنيفة -رحمه الله - أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يستعمل للتخليص. ولو قال : أنت مطلقة -بتسكين الطاء- لا يكون طلاقًا إلا بالنية لأنها غير مستعملة فيه عرفًا فلم يكن صريحًا . قال : ولا يقع به إلا واحدة .

يدين أي يصدق م: (**لأنه خلاف الظاهر**) ش: أي لأن نية الطلاق عن وثاق خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء م: (**ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه**) ش: أي لأن كلامه م: (**يحتمله**) ش: والله مطلع على نيته م: (**ولو نوى به**) ش: بقوله طالق م: (**الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى، لأن الطلاق لرفع القيد، وهو غير مقيد بالعمل**) ش: بالتذكير . قال الأكمل : وهو قيد بتأويل الشخص أو الذات، وليس بشيء ، بل الضمير يعود إلى القيد الذي يرفعه الطلاق وهو النكاح .

وقال الأترازي : وهو غير مقيد بالعمل بالنكاح فلا يصح بنية الطلاق عن العمل أصلاً ، لا قضاء ولا ديانة . والمعنى أي الزوج غير مقيد المرأة بالعمل فلا تصح نية الطلاق عن العمل أصلاً .

م: (**وعن أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى**) ش: هذه رواية رواها الحسن عن أبي حنيفة م: (**لأنه**) ش: أي لأن الطلاق م: (**يستعمل للتخليص**) ش: فكان معناه أنت مخلصة عن العمل ، وهذا إذا لم يصرح بذكره. أما إذا قال : أنت طالق من عمل كذا موصولاً صدق ديانة وقضاء رواية واحدة.

م: (**ولو قال : أنت مطلقة- بتسكين الطاء- لا يكون طلاقًا إلا بالنية، لأنها غير مستعملة فيه عرفًا، فلم يكن صريحًا**) ش: إذا لم يكن صريحًا كان كناية لعدم الواسطة، والكناية تحتاج إلى النية. ولو قال بالطاء أي طالق لا يقع وإن نوى . ولو قال : أنت طالق من هذا القيد لم تطلق لأنه لم يرد به قيد النكاح .

ولو قال : أنت طالق ثلاثًا من هذا القيد طلقت ثلاثًا ولا يصدق في القضاء في ترك الطلاق لأنه لا يتصور رفع هذا القيد ثلاث مرات ، وإنما يرتفع ثلاث مرات قيد النكاح .

وفي «الذخيرة» : لو قال : أنت طالق من قيد أو غل أو عمل ذكر هذه المسألة في موضعين، فأجاب في أحدهما : أن لا يقع في القضاء، وأجاب في الأخرى أنه يقع في القضاء. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لو قال : أنت طالق من هذا القيد أو من هذا العمل لم تطلق، وإن قال : ثلاثًا تطلق ثلاثًا كما تقدم .

م: (**قال: ولا يقع به إلا واحدة**) ش: هذا من كلام القدوري -رحمه الله تعالى- متصل بقوله : فهذا يقع به الطلاق الرجعي : أي لا تقع بكل واحد من الألفاظ الثلاث المذكورة إلا واحدة.

وإن نوى أكثر من ذلك ، وقال الشافعي- رحمه الله- يقع ما نوى ، لأنه محتمل لفظه . فإن ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة ؛ كذكر العالم ذكر للعلم ، ولهذا يصح قران العدد به فيكون نصبًا على التميز . ولنا أنه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان ، وللثلاث طوالق ، فلا يحتمل العدد ، لأنه ضده وذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة للمرأة لا الطلاق والطلاق هو تطليق ، والعدد الذي يقترن به نعت لمصدر محذوف، معناه طلاقًا ثلاثًا ، كقوله: أعطيته جزيلاً ،أي عطاء جزيلاً .

م: (**وإن نوى أكثر من ذلك**) ش: كلمة إن واصلة بما قبله وهذا قول الحسن البصري وعمرو بن دينار والأوزاعي والثوري وأبي سليمان وأبي ثور .

م: (**وقال الشافعي : يقع ما نوى**) ش: من ثنتين أو ثلاث ، وبه قال مالك ، والليث وزفر وأحمد في رواية وهو مذهب الظاهرية ، وهو قول أبي حنيفة الأول ، ولم يرتضيه ورجع عنه ، ذكره في «المبسوط» .

وفي «البدائع» : وهو غير ظاهر الرواية ، م: (**لأنه محتمل لفظه فإن ذكر الطالق**) ش: يعني لفظ الطالق م: (**ذكر للطلاق لغة**) ش: لكون لفظ الطالق نعته وهو لا يتحقق بدون المشتق منه م: (**كذكر العالم ذكر للعلم**) ش: لأن ذكر النعت يقتضي وصفًا ثابتًا بالموصوف لغة ، فإن ذكر العالم ذكر لعلم قام بالموصوف لا بالواصف .

م: (**ولهذا**) ش: أي ولكونه محتمل لفظه م: (**يصح قران العدد به**) ش: أي بقوله : أنت طالق م: (**فيكون**) ش: أي العدد م: (**نصبًا على التمييز**) ش: والتمييز من محتملات اللفظ لما صح التمييز .

م: (**ولنا أنه**) ش: أي قوله : أنت طالق م: (**نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق، فلا يحتمل العدد**) ش: أي النعت الفرد لا يحتمل العدد م: (**لأن الضد لا يحتمل الضد، وذكر الطالق**) ش: جواب عن قوله : فإن م: (**ذكر الطالق ذكر للطلاق**) ش: لغة ، وتقديره بأن ذكر الطلاق م: (**هو صفة للمرأة**) ش: لأنه نعت من الثلاثي ، وهو يدل على طلاق يكون صفة للمرأة م: (**لا للطلاق**) ش: يعني ليس بصفة الطلاق م: (**هو تطليق**) ش: يعني الطلاق الذي هو بمعنى التطليق كسلام بمعنى التسليم ، ومحل النية هو الثاني لأنه فعل الرجل دون الأول لأنه وصف ضرورة تتصف به المرأة ليس بفعل الزوج ، لكنه يقتضي الثاني تصحيحًا له ، فكان ثابتًا ضرورة صحة الكلام مقتضى ، ولا عموم له .

م: (**والعدد الذي يقترن به**) ش: جواب عن قوله : ولهذا يصح قران العدد به : تقريره أن العدد الذي يقرن ، أي بقوله : أنت طالق م: (**نعت لمصدر محذوف معناه طلاقًا ثلاثًا**) ش: يعني أنت طالق طلاقًا ثلاثًا ، فلا يدل على وقوع الثلاث إلا لمصدر المحذوف الموصوف بالثلاثة لا قوله : أنت طالق ، ثم مثل لوقوع المصدر المحذوف المنعوت بقوله م: (**كقوله**) ش: أي كقول القائل م: (**أعطيته جزيلاً أي عطاء جزيلاً**) ش: فالذي دل على هذا ، كثرة العطاء هو المصدر المحذوف المنعوت ، لا

ولو قال:أنت الطلاق ،أو أنت طالق الطلاق ، أو أنت طالق طلاقًا،فإن لم تكن له نية أو نوى واحدة أو ثنتين فهي واحدة رجعية، وإن نوى ثلاثًا فثلاث . ووقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر،لأنه لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق ،فإذا ذكره وذكر المصدر معه وأنه يزيده وكادة أولى وأما وقوعه باللفظة الأولى فلأن المصدر قد يذكر ويراد به الاسم ، يقال : رجل عدل:أي عادل ، فصار بمنزلة قوله : أنت طالق ، وعلى هذا لو قال: أنت طلاق يقع الطلاق به أيضًا ،

قوله أعطيته لأنه لا يدل إلا على مجرد الإعطاء فافهم.

م: (**ولو قال : أنت الطلاق أو أنت طالق الطلاق أو أنت طالق طلاقًا، فإن لم تكن له نية أو نوى واحدة**) ش: أي أو نوى بواحد من هذه الألفاظ الثلاث طلقة واحدة م: (**أو ثنتين**) ش: أي أو نوى طلقتين م: (**فهي**) ش: أي الطلقة بهذه الألفاظ طلقة م: (**واحدة رجعية**) ش: فوقع الطلاق بهذه الألفاظ ظاهرًا لأنها صريحة في الطلاق لغلبة الاستعمال فيه م: (**وإن نوى ثلاثًا**) ش: أي ثلاث طلقات طلقة م: (**فثلاث .ووقوع الطلاق باللفظة الثانية**) ش: وهو قوله أنت طالق الطلاق م: (**والثالثة**) ش: أي وقوع الطلاق باللفظة الثالثة، وهو قوله : أنت طالق طلاقًا م: (**ظاهر**) ش: بالرفع خبر لقوله ووقوع الطلاق.

م: (**لأنه**) ش: أي لأن الرجل م: (**لو ذكر النعت**) ش: أي الصفة م: (**وحده يقع به الطلاق فإذا ذكره**) ش: أي فإذا ذكر النعت م: (**وذكر المصدر معه**) ش: أي مع النعت م: (**وأنه**) ش: أي والحال أن ذكر المصدر مع النعت م: (**يزيده وكادة**) ش: أي يزيد المصدر وكادة، أي تأكيدًا كقولك قمت قيامًا، وقعدت قعودًا، وقوله م: (**أولى**) ش: جواب إذا.

م: (**وأما وقوعه باللفظة الأولى**) ش: وهو قوله أنت الطلاق م: (**فلأن المصدر قد يذكر ويراد به الاسم، يقال : رجل عدل ، أي عادل**) ش: للمبالغة م: (**فصار**) ش: أي قوله : أنت الطلاق م: (**بمنزلة قوله أنت طالق**) ش: م: (**وعلى هذا لو قال : أنت طلاق ، يقع الطلاق به أيضًا**) ش: لأنه بمعنى طالق، والخلاف في قوله أنت الطلاق صريح أو كناية، فعندنا ومالك والشافعي في قول صريح .

وقال الشافعي : أنها كناية، وبه أخذ القفال.

فإن قلت: أنت الطلاق لو كان بمنزلة أنت طالق لما صح فيه نية الثلاث، كما لا يصح في أنت طالق.

قلت: أجيب : بأن نية الثلاث إنما لا يصح في طالق، لأنه نعت فرد كما تقدم، وأما الطلاق فهو مصدر في أصله، وإن وصفت به يلمح فيه جانب المصدرية، وصحت نية الثلاث.

وقال الطحاوي في «مختصره» : فلو قال : أنت طالق لم يكن أكثر من واحدة وإن نوى أكثر منها، وفرق بينه وبين أنت الطلاق للتعريف ، وليس ذلك بمشهور بين أصحابنا.

ولا يحتاج فيه إلى النية ، ويكون رجعيًا لما بينا أنه صـريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه، وتصح نية الثلاث ، لأن المصـدر يحتمل العـموم والكثرة لأنه اسم جنس فـيعتبـر كسائر أسـماء الأجناس ، فيتناول الأدنى مع احتـمال الكل ولا تصح نية الثنتين فيها ، خلافًا لزفـر-رحمه الله - . هو يقول أن الثنتين بعض الثلاث فلما صـحت نية الثلاث ، صحت نية بعضهـا ضرورة ، ونحن نقول : نية الثلاث إنما صحت لكونها جنسًـا حتى لو كانت المرأة أمة تصح نية الثنتين باعتبـار معنى الجنسية ، أما الثنتان في حق الحرة عدد ، واللفظ لا يحتمل العدد ، وهذا لأن معنى التوحد مراعى في ألفاظ الوحدان ، وذلك إما بالفردية أو الجنسية ، والمثنى بمعزل منهما.

م: **(ولا يحتاج فيه إلى النيـة، ويكون رجعيًا لما بينا ، أنه صريح الطلاق لغلبة الاستـعمال فيه، وتصح نية الثـلاث لأن المصدر يحتـمل العموم والـكثرة لأنه اسم جنس)** ش: يتناول القليل والكثير م: **(فيعتبر كسائر أسماء الأجناس فيتناول الأدنى)** ش: وهو الواحد م: **(مع احتمال الكل ولا تصح نيـة الثنتين فيها خلافًا لزفر)** ش: فإنه يقول : يصح نية الثنتين وبه قال الشافعي ومالك.

م: **(هو)** ش: أي زفر م: **(يقول : إن الثنتين بعض الثلاث، فلمـا صحت نية الثلاث)** ش: بالإجماع م: **(صحت نية بعـضها ضرورة)** ش: لأن المصـدر يحتـمل الواحـد والاثنين ، ولهـذا يصح أن يوصـف به ، فتصح النية ، لأنه يحتمل لفظه .

ويقول زفر : قال مالك والشافعي م: **(ونحن نقول)** ش: يعني في جواب زفر م: **(نية الثلاث إنما صحت لكونه جنسًا)** ش: أي لكون الثلاث جنسًا للطلاق من حيث العددية م: **(حتى لو كانت المرأة أمة تصح نية الثنتين باعتبار مـعنى الجنسية في حقها)** ش: لأن ذاك جنس طلاقـها م: **(أما الثنتان في حق الحرة عدد)** ش: أي عدد محض لا واحد حقيقة ، ولا واحد اعتباراً م: **(واللفظ)** ش: أي لفظ الاثنين م: **(لا يحتـمل العدد)** ش: لعدم صدق حد العدد عليه . م: **(وهـذا)** ش: أي كـون اللفظ لا يـحتمل العدد م: **(لأن معنى التوحد مـراعى في ألفاظ الوحدان)** ش: بضم الواو جمع واحد، قال الجوهري : الواحد أصل العدد ، والجمع وحدان مثل شاب وشبان ، ومراعاة التوحد إما باعتبار الذات كزيد وإما باعتبار النوع كرجل، وإما باعتبار الجنس كالحيوان ، ولا تنوع في لفظ الطلاق . فلابد من مراعاة التوحد فيه .

م: **(وذلك)** ش: أي مراعاة التوحد يكون بأحد الأمرين م: **(إما بالفردية)** ش: بطريق الحقيقة أو بطريق الاعتبار ، وأشار إليه بقوله م: **(أو الجنسية)** ش: وهو بطريق الاعتبار كما قلنا إن صحة النية في الثـلاث بقـولـه أنت طالق باعـتـبـار أن الثـلاث جنس طلاقـهـا وهو واحـد اعتـبـاراً عند تعـدد الأجناس ، فـصحت النية بالثلاث باعتبار أن الثلاث واحد لا باعتبار أنها عدد م: **(والمثنى بمعزل منهما)** ش: أي الاثنان بمعزل من الفردية والجنسية ، لأنه لم يوجد فيه معنى التوحيد لا بحسب الذات ولا بحسب الجنسية، ومعنى بمعزل بعيد عنه . وقال ابن دريد : يقال أنا عن هذا الأمر

ولو قال : أنت طالق الطلاق ، وقال: أردت بقولي طالق واحدة ، وبقولي : الطلاق أخرى يصدق، لأن كل واحد منهما صالح للإيقاع ، فكأنه قال : أنت طالق ، وطالق فتقع رجعيتان . إذا كانت مدخولاً بها ، وإذا أضاف الطلاق إلى جملتها ، أو إلى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق ، لأنه أضيف إلى محله ، وذلك مثل أن يقول أنت طالق ، لأن التاء ضمير المرأة ،أو يقول : رقبتك طالق، أو عنقك طالق ، أو رأسك طالق ، أو روحك أو بدنك أو جسدك أو فرجك أو وجهك ؛ لأنه يعبر بها عن جميع البدن ، أما الجسد والبدن فظاهر ، وكذا غيرهما . قال الله تعالى : ﴿فتحرير رقبة﴾ (النساء :٩٢) وقال : ﴿فظلت أعناقهم لها خاضعين﴾ (الشعراء :٤) .

بمعزل أي متنح .

م: (**ولو قال : أنت طالق الطلاق ، وقال : أردت بقولي طالق واحدة، وبقولي الطلاق أخرى**) ش: أي طلقة أخرى م: (**يصدق لأن كل واحد منهما**) ش: أي من قوله : طالق ومن قوله : الطلاق م: (**صالح للإيقاع**) ش: بإضمار أنت م: (**فكأنه قال : أنت طالق وطالق فتقع رجعيتان**) ش: أي طلقتان رجعيتان م: (**إذا كانت مدخولاً بها**) ش: وإن كانت غير مدخول بها ألغي الثاني ، وهو قياس قول الشافعي .

وقال الأترازي : هكذا نقله في «شرح الجامع الصغير» عن الفقيه أبي جعفر ، وذلك مروي عن أبي يوسف ومنعه فخر الإسلام البزدوي لأن طالق نعت وطلاقًا مصدره ، فلا يقع إلا واحدة، وكذا في أنت طالق الطلاق .

م: (**وإذا أضاف الطلاق إلى جملتها**) ش: أي إلى جملة المرأة مثل قوله : أنت طالق ، لأن التاء ضمير المرأة م: (**أو إلى ما يعبر به عن الجملة**) ش: أي أوأضاف الطلاق إلى ما يعبر به عن الجملة مثل قوله : رقبتك طالق م: (**وقع الطلاق لأنه أضيف إلى محله**) ش: أي لأن الطلاق أضيف إلى محله وهي المرأة، لأن التاء ضمير المخاطبة وهي عبارة عن المرأة م: (**وذلك**) ش: إشارة إلى قوله : لأنه أضيف إلى محله .

م: (**مثل أن يقول : أنت طالق لأن التاء ضمير المرأة**) ش: وهي عبارة عنها كما ذكر م: (**أو يقول**) ش: بالنصب عطفًا على قوله أن يقول (**رقبتك طالق، أو عنقك طالق ، أو رأسك طالق، أو روحك أو بدنك أو فرجك أو جسدك أو وجهك لأنه يعبر بها**) ش: أي بهذه الألفاظ م: (**عن جميع البدن أما الجسد والبدن فظاهر**) ش: لأنهما عبارة عن جملة المرأة م: (**وكذا غيرهما**) ش: أي غير الجسد والبدن من الألفاظ المذكورة ظاهر . ثم شرع في بيان ذلك ويوضحه بقوله : (**قال الله تعالى ﴿ فتحرير رقبة﴾**) (**النساء : الآية ٩٢**) ش: أي تحرير مملوك ولم يرد الرقبة بعينها م: (**وقال الله تعالى : ﴿فظلت أعناقهم لها خاضعين﴾**) ش: (**الشعراء : الآية ٤**) وأراد بالأعناق الذوات ، ولهذا لم يقل : خاضعة ولو

وقال عليه الصلاة والسلام :« لعن الله الفروج على السروج ».ويقال : فلان رأس القوم ويا وجه العرب ، وهلك روحه بمعنى نفسه .ومن هذا القبيل الدم

أريد بها حقيقة العنق لقيل خاضعة م: (وقال ﷺ :« **لعن الله الفروج على السروج**»)[1] وأراد بالفروج النساء، وهذا الحديث غريب جداً .

وقال مخرج الأحاديث ولهذا بعد شيخنا علاء الدين حيث استشهد بحديث أخرجه ابن عدي في « الكامل» قال ابن عباس -رضي الله عنهما- : إن النبي ﷺ نهى عن ذوات الفروج أن يركبن السروج ، فإن المصنف استدل بالحديث المذكور على أن الفروج هي الأعضاء التي يعبر بها عن جملة المرأة كالوجه والعنق بحيث يقع الطلاق باستناده إليه .

وحديث ابن عدي أجنبي عن ذلك، وأخرج ابن عدي أيضًا عن علي بن علي المزني عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس قال : « نهى رسول الله ﷺ ذوات الفروج أن يركبن السروج» ، وضعفه يعلى بن أبي على ، وقال : إنه مجهول .

م: (**ويقال: فلان رأس القوم**) ش: أي كبيرهم ، وليس المراد به العضو ، بل الشخص وكذا يقال : فلان أعتق كذا وكذا رأسًا، ويقال: أمري حسن ما دام رأسك سالمًا .

لكن هذا فيما إذا تكلم بإضافة الرأس ، أما إذا قال : رأسك طالق والرأس منك طالق ، ووضع يده على رأسها، وقال : هذا العضو منك طالق، فقال شمس الأئمة السرخسي في «شرح الكافي» : لا يقع بشيء ووجهه أن لا يراد به الذات م: (**ويا وجه العرب**) ش: أي أنت وجه، لأن الاستعمال شائع بين العرب بقول بعضهم لبعض : يا وجه، ويريدون به الذات ، وقال الله تعالى: ﴿ **كل شيء هالك إلا وجهه**﴾ أي ذاته م: (**وهلك روحه بمعنى نفسه**) ش: أراد به الذات . وفي «الينابيع» : أي أن إضافة إلى العضو لا يبقى الإنسان بفقده يقع وإن كان يبقى بفقده ولا يقع، ومثله في العتق لا يبقى الإنسان بفقده وقيل يرد عليه القلب، قال المرغيناني: لا رواية في القلب .

وفي «المحيط» : وإن كان عضو لا يعبر به عن البدن لا يقع ، وإن نوى ولو قال بعضك طالق ذكر شمس الأئمة السرخسي أنها لا تطلق ، وذكر شمس الأئمة الحلواني أنها تطلق ، وفي «الزيادات» لو قال : وبرك طالق لا يقع ، وفي خزانة الأكمل : لو قال إستك طالق يقع عند أبي يوسف كما لو قال فرجك .

وفي «الروضة» : لو قال إستك طالق يقع ولم يحك خلافًا ، ولا قول لأحمد ، ولو قال : خرتك طالق ، أو بلغمك أو ظفرك أو أصبعك أو شعرك لا يقع م: (**ومن هذا القبيل الدم**) ش: أي مما يعبر به عن جملة البدن الدم، بأن قال : دمك طالق أنه يقع في رواية هي رواية كتاب الكفالة،

---

(١) قال الزيلعي (٣/ ٤٣٧) غريب جداً .

في رواية ،يقال : دمه هدر ومنه النـفس وهو ظاهر ، وكذا إن طلق جزءاً شائعًا منهـا مثل أن يقول نصفك طالق أو ثلثك طالق، لأن الجزء الشائع محل لسائر التـصرفات كالبيع وغيره، فكذا يكون محلاً للطلاق ، إلا أنه لا يتجزأ في حق الطلاق ، فيثبت في الكل ضرورة. ولو قال : يدك طالق أو رجلك طالق لم يقع الطلاق، وقال زفر والـشافعي -رحمهمـا الله - : يقع، وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن.

فإنه لو غل بدم الإنسـان يصح وأشار في كتاب العتاق أن إضـافة الطلاق إلى الدم لا تصح فإنه لو قال : دمك حر لا يعتق ، وإنما قال من هذا القبيل لأن القدوري لم يذكر هذا.

م: **(يقال دمه هدر)** ش: يراد به أن نفسه هدر م: **(ومنه)** ش: أي ومن هذا القبيل م: **(النفس وهو ظاهر)** ش: لأن النفس عبارة عن الذات م: **(وكذا)** ش: أي وكـذا يقع الطلاق م: **(إن طلق جزءاً شائعًا منها مثل أن يقول : نصـفك طالق أو ثلثك طالق لأن الجزء الشائع محل لسائر التصرفـات كالبيع وغيره)** ش:.

نحو الوصية م: **(فكذلك يكون مـحلاً للطلاق ، إلا أنه لا يتجـزأ في حق الطلاق فيـثبت في الكل)** ش: أي يثبت الطلاق في كل المرأة م: **(ضرورة)** ش: أي لأجل الضرورة، وهو عدم إمكان التجزؤ.

م: **(ولو قـال : يدك طالق أو رجلك طالق ، لم يقع الطلاق ، وقـال زفـر والشافـعي : يقع)** ش: وبه قال مـالك وأحـمـد. وفي السروجي : ولـو أضـاف الطلاق إلى يديها أو رجليـها يقع عند بعض أصحابنا ، بخلاف اليد الواحدة ، وقال القاضي : الأشبه بمذهب أصحابنا أنه لو أراد باليد جميع البدن يقع.

وقـال شـمس الأئمة سبط بن الجـوزي في «الإنصـاف» : لو نـوى باليد جـميع البـدن يقع م: **(وكذا الخلاف)** ش: أي بيننا وبين زفر والشافعي م: **(في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن)** ش: كالأصبع واليد والرجل ، وقد بقيت أعضاء لم تذكر وهي الأذن والحاجب والأنف والخد والصدر والثدي والسن والكتف والخاصرة والجنب والركـبة والقدم والرئة والمرارة وغيرها مما يشبـهها ، ويؤخذ حكمها مما تقدم .

وعند زفـر والأئمـة الثـلاثة : يقع الطلاق في جـميـع ذلك إلا عند أحـمـد لا يقع في السن والظفر والشعر كقولنا ، وفي البسيط : لا يقع بالإضافة إلى الجنين وفضلاتها كالبول والمني واللبن والمخاط والدمع والعرق، وفيـه وجه أنه يقع إلا في الجنين ، والدمع قيل كـالفضـلات ومنهم من قطع بالوقوع به وفي الأعضاء الباطنة كالكبد والرئة والقلب ونحوها يقع، وفي حياتها وروحها : يقع ، وسمنها وشحـمها تردد ولا حياة في الشحم ، وفي الصفات كالحسن والقبح واللون لا يقع ولم يذكر الطول والعرض والقصر .

لهما أنه جزء مستمتع بعقد النكاح ، وما هذا حاله يكون محلاً لحكم النكاح فيكون محلاً للطلاق فيثبت الحكم فيه قضية للإضافة ثم يسري إلى الكل ، كما في الجزء الشائع ، بخلاف ما إذا أضيف إليه النكاح لأن التعدي ممتنع إذ الحرمة في سائر الأجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الأمر على القلب.ولنا أنه أضاف الطلاق إلى غير محله فيلغو كما إذا أضافه إلى ريقها أو ظفرها ، وهذا لأن محل الطلاق ما يكون فيه القيد ، لأنه ينبيء عن رفع القيد ، ولا قيد في اليد ولهذا لا تصح إضافة النكاح إليه ، بخلاف الجزء الشائع ، لأنه محل للنكاح عندنا حتى تصح إضافته إليه ، فكذا يكون محلاً للطلاق .

م: (**لهما**) ش: أي لزفر والشافعي م: (**أنه**) ش: أي أن الجزء المعين م: (**جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حاله**) ش: أي الذي يكون الاستمتاع بعقد النكاح حاله م: (**يكون محلاً لحكم النكاح**) ش: وكل ما كان الشيء محلاً للنكاح .

م: (**فيكون محلاً للطلاق فيثبت الحكم**) ش: أي حكم الطلاق م: (**فيه**) ش: أي في الاستمتاع م: (**قضية للإضافة**) ش: أي توقية لإضافة الطلاق فيه م: (**ثم يسري إلى الكل**) ش: أي إلى كل المرأة م: (**كما في الجزء الشائع**) ش: يسري إلى الكل م: (**بخلاف ما إذا أضيف إليه النكاح**) ش: هذا جواب عما يقال لو كان الجزء المعين محلاً لحكم النكاح ، لانعقد النكاح إذا أضيف إليه، ثم يسري إلى الكل . فأجاب بقوله بخلاف ما إذا أضيف إليه النكاح .

م: (**لأن التعدي**) ش: أي السراية م: (**ممتنع إذ الحرمة في سائر الأجزاء تغلب الحل في هذا الجزء**) ش: فيمنع من السريان م: (**وفي الطلاق الأمر على القلب**) ش: يعني مضي الطلاق على غلبة الحرمة في هذا الجزء تغلب الحل في سائر الأجزاء .

م: (**ولنا أنه أضاف الطلاق إلى غير محله فيلغو**) ش: يعني لا يقع م: (**كما اذا أضافه**) ش: أي الطلاق م: (**إلى ريقها**) ش: بأن قال ريقك طالقم: (**أو ظفرها**) ش: بأن قال ظفرك طالق م: (**وهذا**) ش: توضيح لما قبله م: (**لأن محل الطلاق ما يكون فيه القيد لأنه**) ش: أي الطلاق .

م: (**ينبئ عن رفع القيد ولا قيد في اليد**) ش: لأنه عبارة عن المنع مع القدرة عليه ، واليد لا توصف بكونها قادرة عليه ، فلا توصف بالقيد م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل عدم معنى القيد فيها م: (**لا تصح إضافة النكاح إليها**) ش: فلو قال نكحت يدك وقبلت المرأة لا ينعقد النكاح م: (**بخلاف الجزء الشائع لأنه محل النكاح عندنا حتى تصح إضاقته إليه**) ش: اي إضافة النكاح إلى الجزء الشائع م: (**فكذا يكون محلا للطلاق**) ش: وقد مر عن قريب .

فإن قيل قد جاء في الآية والحديث أن اليد تطلق على كل البدن ، قال الله تعالى: ﴿**تبت يدا**

واختلفوا في الظهر والبطن، والأظهر أنه لا يصح لأنه لا يعبر بهما عن جميع البدن. وإن طلقها نصف تطليقه أو ثلثها كانت طالقًا تطليقة واحدة لأن الطلاق لا يتجزأ، وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر الكل، وكذا الجواب في كل جزء سماه لما بينا.

أبي لهب﴾ (المسد: الآية ١) أي نفسه. وقال ﷺ: «**على اليد ما أخذت حتى ترد**»[1] فلم لا يقع الطلاق باعتبار أنه يعبر عن الكل. قلنا: قد ذكر في «الأسراء» «والمبسوط» أراد به صاحب اليد على حذف المضاف، وفي الآية أضاف الهلاك إلى اليد لأنه أراد رمي النبي ﷺ بالحجر، فكان ذلك دليلاً على أن المراد به جميع البدن. ولو كان في عرف القوم عبارة عن البدن يقع الطلاق بإضافته إلى اليد. والطلاق يبنى على العرف، حتى لو لم يكن في بلاد ذلك العرف لا يقع. ولهذا لو طلق النبطي بالفارسية يقع، والعربي إذا تكلم به وهو لا يدري ما هو لم تطلق. وهو باب لا مناقشة فيه. م: (**واختلفوا في الظهر والبطن**) ش: يعني إذا قال ظهرك طالق أو بطنك طالق، لأن الظهر والبطن في معنى الأصل، إذ لا يتصور النكاح بدونهما، ويعبر بالظهر عن الكل كما يقال فلان يقوي ظهرك، وقوله ﷺ «**لاصدقة إلا عن ظهر غنى**» م: (**والأظهر أنه لا يصح الطلاق**) ش: أي لا يقع الطلاق م: (**لأنه لا يعبر بهما**) ش: أي الظهر والبطن م: (**عن جميع البدن**) ش: . ولو قال: ظهرك أو بطنك علي كظهر أمي لا يكون مظاهراً.

م: (**وإن طلقها نصف تطليقة**) ش: بأن قال أنت طالق نصف تطليقة م: (**أو ثلثها**) ش: أي أو قال أنت طالق ثلث تطليقة م: (**كانت طالقاً تطليقة واحدة، لأن الطلاق لا يتجزأ وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر الكل**) ش: هذا قول عامة العلماء. وقال ثقات القياس وربيعة الرأي لا يقع شيء بذلك النصف والجزء وثلث من ألف جزء من الطلاق م: (**وكذا الجواب في كل جزء سماه**) ش: يعني يقع واحدة، وذلك كالعفو عن بعض القصاص يكون عفواً عن الكل م: (**لما بينا**) ش: وهو أنه لا يتجزأ وذكر بعضه كذكر كله. ولو قال أنت طالق نصفي تطليقة يقع واحدة لأنه أوقع أجزاء تطليقة واحدة، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد. ولو قال لموطوءته أنت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة وربع تطليقة يقع ثلاث لأنه أوقع من كل تطليقة واحدة جزء، فإنه نكر التطليقة في كل كلمة، والنكرة إذا أعيدت نكرة كانت الثانية غير الأولى، وفي غير الموطوءة يقع واحدة لأنها بانت بالأولى، كما لو قال أنت طالق وطالق، ولو قال نصف تطليقة وثلثها وربعها يقع واحدة لأنه أضاف الأجزاء إلى تطليقة واحدة بحرف الكناية، وهو ظاهر الرواية، وهو الأصح.

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٨) وأبو داود (٣/ ٢٩٦) والترمذي (٣/ ٥٦٦) وابن ماجة (٢/ ٨٠٢) من طريق قتادة عن الحسن عن سمرة . . . مرفوعًا

قلت: وفي سماع الحسن من سمرة خلاف فليراجع في ترجمة الحسن من «تهذيب التهذيب» وعلى القول أنه سمع منه فهو هنا قد عنعن وهو مدلس وأيضًا هناك علة أخرى وهي عنعنة قتادة وهو مدلس.

ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فـهي طالق ثلاثًا لأن نصف التطليقتين تطليقة ، فإذا جـمع بين ثلاثة أنصـاف تطليـقتين تكـون ثلاث تطليـقات ضـرورة . ولو قـال : أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليـقة قيل يقع تطليقـتان ، لأنها طلقة ونـصف فيتكامل. وقيل يقع ثلاث تطليـقات لأن كل نصف يتكامل في نفسـها ، فتصـير ثلاثًا . ولو قال :أنت طالق من واحـدة إلى ثنتين أو ما بين واحـدة إلى ثنتين فهي واحـدة، ولو قال مـن واحدة إلى ثلاث أو أمـا بين واحدة إلى ثلاث فـهي ثنتان، وهذا عند أبي حنيفـة رحمه الله وقالا في الأولى: يقع ثنتان ، وفي الثـانية ثلاث ، وقال زفر رحمه الله في الأولى لا يقع شيء ، وفي الثانية تقع واحدة

وقال بعض المشايخ : يقع ثنتان وبه قال الشافعي في أحد قوليه . ولو قال لأربع نسوة بينكن تطليقة طلقت كل واحدة منهن تطليقة واحدة ، وبه قال الشافعي . وكذلك بينكن تطليقتان أو ثلاث أو أربع ، إلا إذا نوى أن كل تطليـقـة بينهن جـمـيعـاً يقع على كل واحـدة منهن ثلاث تطليقات، إلا في التطليقيتين . فإنه يقع على كل واحدة منهن تطليقتان، وإن قال بينكن خمس تطليقات ولا نية له طلقت كل تطليقتين ، وكذا ما زاد إلى ثمان . فإن زاد عن الثمان فقال تسع طلقت كل واحدة منهن ثلاثاً ، فإن زاد على الثمان فكل واحدة منهن طالق ثلاثاً .

م: (**ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصـاف تطليقتين فهي طالق ثلاثة. لأن نصف التطليقـتين تطليقة ، فإذا جـمع بين ثلاثة أنصاف تطليـقتين تكون ثلاث تطليقـات ضرورة**) ش: وهذه من خواص «الجامع الصغير» وهو ظاهر م: (**ولو قال أنت طـالق ثلاثة أنصاف تطليـقة قيـل يقع تطليقـتان**) ش: وهـذا هو المنقول في «الجامع الصغير» عن محـمد ، وإليه ذهب الناطقي في الأجناس والعتابي في شرح «الجامع الصغير» .

وقال العتابي : هو الصحيح ؛م: (**لأنهـا طلقـة ونصف فـيتكامل**) ش: أي النصف فـيصير تطليقتين . م: (**وقيل يقع ثلاث تطليقـات لأن كل نصف يتكامل في نفسها فتـصير ثلاثاً**) ش: أي ثلاث تطليقات . م: (**ولوقال : أنت طـالق من واحدة إلى ثنتين أو مـا بين واحدة**) ش: أي لو قـال : أنت طالق ما بين واحدة م: (**إلى ثنتين فهي واحدة**) ش: أي طلقة واحدة م: (**ولو قال من واحـدة إلى ثلاث أو ما بين واحدة إلى ثلاث فـهي ثنتان**) ش: أي طلقتان م: (**وهذا**) ش: أي المذكـور في الحكم م: (**عند أبي حنيفة . وقالا في الأولى**) ش: أي في المسألة الأولى م: (**يقع ثنتان**) ش: أي طلقتان م: (**وفي الثانية**) ش: أي في المسألة الثانية م: (**ثلاث**) ش: أي يقع ثلاث تطليقات .

م: (**وقـال زفر : في الأولى لا يـقع شيء ، وفي الثـانية تقع واحـدة**) ش: هذا الكلام مشتمل على الغايتين فعندهمـا تدخل الغايتـان وعند زفـر لا يدخلان ، وعند أبي حنيفة يدخل الابتداء دون الانتهـاء - والقسم الرابع هو أن يدخل الانتهاء دون الابتداء ولم يقل به أحد ، واختلفوا فيه ؛ قال : من واحدة إلى واحـدة ، والصـحيح أنه يقع واحدة ويلغو آخر كلامه ، ذكره قاضي خان ،

وهو القياس لأن الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط . وجه قولهما ، وهو الاستحسان ، أن مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل ،كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم إلى مائة . وجه قول أبي حنيفة -رحمه الله - أن المراد بمثله الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر فإنهم يقولون سني من ستين إلى سبعين وما بين ستين إلى سبعين ويريدون به ما ذكرنا.

وعلل بأن الشيء الواحد حداً ومحدوداً، فيلغو آخر كلامه ويبقى قوله أنت طالق. وقال السروجي : فيه نظر لأن إلى واحدة نكرة، وهي غير الواحد بالأولى فلا تكون الواحدة حداً ومحدوداً.

من جوامع الفقه من واحدة إلى واحدة ولم يحك خلافاً ، ومن واحدة إلى أخرى وإلى الثانيه : واحدة عنده ، وعندهما ثنتين ومن ثنتين إلى ثنتين اثنتان عندهما . وعنده ثلاث . في «المبسوط» ما بين واحدة إلى أخرى على قياس قول زفر لا يقع شيء . وعند أبي حنيفة يقع واحدة، وعندهما ثنتان . ومن واحدة إلى واحدة قيل على الخلاف وقيل تقع واحدة بالاتفاق ، وتلغو الغاية وفيه ما بين واحدة إلى الثلاث أو من واحدة إلى الثلاث فهو واحدة في القياس ، وبه قال زفر ، وعندهما ثلاث وعند أبي حنيفة ثنتان .

م: **(وهو القياس)** ش: أي قول زفر هو القياس م: **(لأن الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية)** ش: أي تحت الشيء التى تضرب له الغاية ، وهو المعنى لأن الغاية إنما تذكر للفصل بينها وبين المضروب ، فينبغي أن لا يدخل تحته ليحصل الفصل بينهما كما في الممسوحات، كذا في «جامع البرهاني» م: **(كما لو قال: بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط)** ش: لا يدخل الجدار في البيع .

م: **(وجه قولهما)** ش: أي وجه قول أبي يوسف ومحمد م: **(وهو الاستحسان . أن مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف)** ش: أي في عرف الناس م: **(يراد به الكل ،كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم إلى مائة)** ش: كان له أن يأخذ المائة، وكذا لو قال كل من الملح إلى الحلو يريد به تعميم الإذن ، وكذا لو اشتر لي هذا العبد من مائة إلى ألف يكون له إذن بالشراء. بألف ، إذ مطلق الكلام يحمل على المتعارف .

م: **(وجه قول أبي حنيفة -رضي الله تعالى -عنه أن المراد بمثله)** ش: أي بمثل هذا الكلام بحسب العادة ، وهو أيضاً يحتج بالعادة م: **(الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر)** ش: وهو ما بينهما م: **(فإنهم يقولون سني من ستين إلى سبعين أو ما بين ستين إلى سبعين ويريدون به ما ذكرناه)** ش: يعني الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر . قال الأترازي : فيه نظر لأنه لا يتمشى من واحدة إلى ثنتين.

وأجيب : بأنه يتمشى أيضاً لأن الأكثر فيه الثلاث ، والأقل فيه الواحد والأكثر من الأقل ، والأقل من الأكثر الثنتان . وقيل هذا ليس بشيء ، لأن قوله لأن الأكثر فيه يعني في الطلاق -

وإرادة الكل فيمـا طريقه طريق الإباحة كما ذكـر ، والأصل في الطلاق هو الحظرثم الغاية الأولى لا بد أن تكون موجـودة لتترتـب عليهـا الثانية ووجـودها بوقوعـها بخلاف البـيع لأن الغاية فـيه موجودة قبل البيع ، ولو نوى واحدة يدين ديانة لا قضاء ، لأنه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر.

وليس الكلام فيه ، وإنما الكلام في الأقل والأكثر من كلام المتكلم ، والثلاث غير مذكورة فيه وقال الأكمل : قوله : أن المراد به الأكثر من الأقل إذا كان بينهما وذلك في قوله - من واحدة إلى ثلاث وقوله والأقل من الأقل معناه إذا لم يكن بينهما ، وذلك كما في قوله من واحدة إلى ثنتين- وعلى هذا سقط الاعتبار ، انتهى . وقد حاج أبو جعفر زفر حيث قال له كم سنك ، فقال سني ما بين ستين إلى سبعين ، فقال له أنت إذاً ابن تسع سنين، فتحير زفر . وقال فخر الإسلام حاج الأصمعي زفر على باب الرشيد ، فقال له ما قولك في رجل قيل له ما سنك فقال ما بين ستين إلى سبعين أن يكون ابن تسع سنين . وقال: استحسن في مثل هذا ما ذكر لأبي يوسف ومحمد . وقال: الأترازي وجوابه أن المراد في العرف والعادة من قول الرجل سني ما بين العددين الذكورين ، ولا شك أن العدد الذي بينهما أكثر من ستين ، وما كان أكثر من ستين كيف يكون تسعة ، ولا يصح سؤال الأصمعي ، وكذا يقول زفر في قوله ما بين واحد إلى ثلاث أن المراد ما بين العددين ، وهذا ما ساعد به خاطري زفر في هذا العلم .

م: (**وإرادة الكل**) ش: جواب عن قولهما يراد به الكل كما في قوله خذ من درهم إلى مائة ، تقديره أن إرادة الكل م: (**فيما طريقه طريق الإباحة كما ذكر**) ش: اي أبو يوسف ومحمد في قوله خذ من مالي م: (**والأصل في الطلاق الحظر**) ش: فلا يراد الكل حتى لا ينسد باب التدارك .

م: (**ثم الغاية الأولى**) ش: جواب عن قول زفر ، ووجهه أنه لا تدخل الغايتان، تقديره أن الغاية الأولى وهي الواحدة م: (**لا بد أن تكون موجودة لتترتب عليها الثانية**) ش: أي الغاية الثانية ، لأنه لا ثانية إلا بعد الأولى م: (**ووجودها بوقوعها**) ش: حاصله أن القياس ما قاله زفر أن الغاية لا تدخل تحت المغيا ، إلا أنه لا بد من إدخال الأولى ، لأنه أوقع الثانية قبل الأولى ، فدعت الضرورة إلى وجودها ، ووجودها بوقوعها . أما إيقاع الثانية يصح بلا إيقاع الثالثة ، فأخذنا فيه بالقياس .

م: (**بخلاف البيع**) ش: هذا جواب عن قول زفر أن الحدين لا يدخلان في المحدود ، كما في قوله بعت من هذا الحائط ، فأجاب بقوله بخلاف البيع م: (**لأن الغاية فيه موجودة قبل البيع**) ش: فلم تقع الضرورة إلى إدخال الغاية في المغيا ، فبقيت الغاية خارجة عن المغيا على أصل القياس م: (**ولو نوى واحدة**) ش: يعني في قوله ما بين واحدة إلى ثلاثة ، أو في قوله من واحدة إلى ثلاث م: (**يدين ديانة**) ش: يعني يصدق ديانة م: (**لا**) ش: يصدق م: (**قضاء لأنه محتمل كلامه ، لكنه خلاف الظاهر**) ش: لما ذكرنا أن مثل هذا الكلام يستعمل لإرادة الأقل من الأكثر إلى آخره .

ولو قال: أنت طالق واحدة في ثنتين ولو نوى الضرب والحساب، أو لم تكن له نية فهي واحدة . وقال زفر -رحمه الله- : تقع ثنتان لعرف الحُسَّاب وهو قول الحسن بن زياد - رحمه الله -. ولنا أن عمل الضرب أثره في تكثير الأجزاء لا في زيادة المضروب وتكثير أجزاء التطليقة لا يوجب تعددها ، فإن نوى واحدة وثنتين فهي ثلاث ، لأنه يحتمله ، فإن حرف الواو للجمع ، والظرف يجمع المظروف ، ولو كانت غير مدخول بها تقع واحدة كما في قوله واحدة وثنتين ، وإن نوى واحدة مع ثنتين تقع الثلاث ،لأن كلمة (في) تأتي بمعنى (مع) كما في قوله تعالى : ﴿فادخلي في عبادي ﴾ (الفجر الآية : ٢٩) ، أي مع عبادي .

م: **(ولو قال : أنت طالق واحدة في ثنتين ولو نوى الضرب والحساب أو لم تكن له نية فهي واحدة)** ش: أي طلقة واحدة م: **(وقال زفر تقع ثنتان لعرف الحساب)** ش: بضم الحاء وتشديد السين جمع حاسب ، يعني هو معروف عندهم أن واحدة في ثنتين ثنتان م: **(وهو)** ش: أي قول زفر م: **(قول الحسن بن زياد)** ش: ومالك والشافعي في وجه .

م: **(ولنا أن عمل الضرب أثره في تكثير الأجزاء لا في زيادة المضروب)** ش: أي فيما ليس له طول وعرض وعمق ،أما في الممسوحات يعني فيما له طول وعرض ، يكون لبيان تكثير المضروب ، فإنه لو زاد بالضرب في نفسه لم يبق أحد في الدنيا فقير لأنه يضرب ما مسكه من درهم في مائة ويضرب المائة في ألف ،فيصير مائة ألف . وقال الأكمل : الغرض إزالة كسر يقع عند القسمة ، فمعنى واحدة في ثنتين واحدة ذات جزأين . وقال الأترازي : وجه قول أصحابنا، والضرب أثره في تكثير أجزاء المضروب لا في زيادة العدد، والطلاق الذي له أجزاء كثيرة مثل الطلاق الذي له أجزاء قليلة ، ولهذا لو قال : لها أنت طالق نصف تطليقة وسدسها وثلثها لم يقع إلا واحدة، وعلى هذا الخلاف إذا أقر وقال لفلان علي عشرة دراهم في عشرة دراهم ونوى الحساب والضرب فعندنا يلزمه عشرة وعند زفر يلزمه مائة، إلا أن ينوي الواو أو مع ، فحينئذ يلزمه جميع ذلك، ويحلف بالله ما أردت الإقرار بذلك كله إذا كان الخصم يدعيه .

م: **(وتكثير أجزاء التطليقة لا يوجب تعددها)** ش: كما لو قال : أنت طالق طلقة ونصفها وربعها وثمنها لم يقع إلا واحدة م: **(فإن نوى واحدة وثنتين فهي ثلاث)** ش: أي ثلاث تطليقات م: **(لأنه يحتمله ، فإن حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف)** ش: لأن بينهما اتصالاً م: **(ولو كانت غير مدخول بها تقع واحدة)** ش: أي طلقة واحدة م: **(كما في قولة واحدة وثنتين)** ش: أي كما يقع واحدة في قوله لغير المدخول بها أنت طالق واحدة وثنتين .

م: **(وإن نوى واحدة مع ثنتين)** ش: يعني قوله أنت طالق واحدة في ثنتين م: **(تقع الثلاث)** ش: أي ثلاث تطليقات م: **(لأن كلمة** م: **(في)** ش: **تأتي بمعني** م: **(مع)** ش:،كما في قوله تعالى **﴿فادخلي في عبادي ﴾** (الفجر الآيه : ٢٩) م: **(أي مع عبادي)** ش: ويقال دخل الأمير في جنده ، أي مع

ولو نوى الظرف تقع واحـدة لأن الطلاق لا يصلح ظرفًا فيلغـو ذكر الثانـي . ولو قال : اثنتين في اثنتين ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان ، وعند زفـر -رحمه الله- ثلاث ، لأن قضيته أن يكون أربعًا لـكن لا مـزيد في الطلاق على الثلاث. وعندنا الاعتـبار للمذكور الأول على ما بيناه ، ولو قال أنت طالق من هنا إلى الشام فهي واحدة يملك الرجعة . وقال زفر -رحمه الله- هي بائنة لأنه وصف الطلاق بالطول ؛ قلنـا : لا بل وصفـه بالقـصر لأنه مـتى وقع في مكان وقع في الأمـاكن كلهـا. ولو قال: أنت طالق بمكة أو في مكة فـهي طالق في الحال في كـل البلاد وكذلـك لو قال:

أنت طالق

جنده . وقـال صـاحب «الكشـاف» لا تكون (في) بمعنى مع ها هنا ، إذ لو نوى كـذلك لما قـيل وأدخلي جنتي ، وقال : على الحقيقة ، أي ادخلي في جملة عبادي .

م: (**ولو نوى الظرف تقع واحـدة ،لأن الطلاق لا يصلح ظرفـاً**) ش: لأن أحـد العـددين لا يصلح ظرفاً للآخر ، وبين الظرف والمظروف من الهيئة فاستعير له ، ولو نوى الظرف يقع واحـدة ، لأن الطلاَق معنى فقهي لا يصلح أن يكون ظرفاً للغير م: (**فيلغـو ذكر الثاني ، ولو قـال اثنتين في اثنتين**) ش: أي لو قـال : أنت طالق اثنتين في اثنتين م: (**ونوى الضرب والحساب فـهي ثنتان**) ش: وبه قـال الشافعي في الأظهر م: (**وعند زفـر ثلاث**) ش: يعني يقع ثلاث طلقات ، وبه قال الحسن ومالك والشافعي في وجه وأحمد م: (**لأن قضيـته أن يكون أربعاً**) ش: بعرف الحساب م: (**لكن لا مـزيد في الطلاق على الثـلاث ،وعندنا الاعتـبارللمـذكور الأول على مـا بيناه**) ش: يعني أن الضرب في تكثير الأجزاء لا في زيادة المضروب ، وعلى هذا الخلاف مسائل الإقرار بأن قال عشرة في عشرة ، أو درهم في دينار ، أو كر حنطة في كر شعير لم يكن عليه إلا المذكور أولاً عندنا ، إلا أن يقول الواو أو حرف مع فيلزمه جميع ذلك ، فحلفه القاضى بأنه ما أراد الجمع إذا ادعى الخصم الجميع ، كذا في« المبسوط» .

م: (**ولوقال أنت طالق من هنا إلى الشام**) ش: قال الأترازي : الشأم بسكون الهمزة ناحية بلد .

قلت : ليس كذلك بل هو اسم لصقع يجمع بلاداً كثيرة وأعظمها دمشق م: (**فهي واحد يملك الرجعة . وقـال زفر: هي بائنة لأنه وصف الطلاق بالطول**) ش: هذا التفصيل فيه نظر ، فإنه لو قال : أنت طالق تطليقة واحدة ونص على الطول تقع رجعية عنده ، فيحتمل أن يكون عنه روايتان في المسألة ، ويحتمل أن يستفاد من قوله -ها هنا إلى الشأم -المبالغة في الطول والزيادة فيه . م: (**قلنا : لا بل وصفـه بالقصـر لأنه متى وقع في مكان وقع في الأمـاكن كلها**) ش: فلما خصه ببعض الأماكن يكون وصفًا له بالقـصـر ، والطلاق لايحـتـمل الطول والقـصـر حـقيـقـة ، وإنما يحـتـمل ذلك حكماً ، والقصر من حيث الحكم هو الرجعي .

م: (**ولو قال أنت طالق بمكة أو في مكة فهي طالق في الحـال في كل البلاد ،وكذا لو قال أنت طالق**

في الدار ، لأن الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان . وإن عني به إذا أتيت مكة يصدق ديانة لا قضاء ، لأنه نوى الإضمار وهو خلاف الظاهر .وكذا إذا قال : أنت طالق وأنت مريضة ، وإن نوى إن مرضت لم يدين في القضاء ولو قال : أنت طالق إذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة ، لأنه علقه بالدخول . ولو قال أنت طالق في دخولك الدار يتعلق بالفعل لمقارنته بين الشرط والظرف ، فحمل عليه عند تعذر الظرفية .

في الدار ،لأن الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان لأن المطلقة في مكان مطلقة في كل مكان م: (وإن عني به) ش:أي وإن قصد بقوله: أنت طالق بمكة م: (إذا أتيت مكة يصدق ديانة) ش: يعني بينه وبين الله تعالى م: (لاقضاء) ش: أي لا يصدق في الحكم م: (لأنه نوى الإضمار م: (خلاف الظاهر) ش: فلا يصدق القاضي لما فيه نوع تخفيف على نفسه .

م: (ولو قال أنت طالق إذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة ،لأنه علقه بالدخول) ش: أي بقوله - إذا دخلت مكة - لا صريح بالتعليق فيعلق بالدخول م: (ولو قال: أنت طالق في دخولك الدار يتعلق بالفعل) ش: أي يتعلق الطلاق بفعل الدخول م: (لمقارنته بين الظرف والشرط) ش: لأن الظرف يسبق المظروف ، كما أن الشرط يسبق المشروط م: (فحمل عليه) ش: أي على الشرط م: (عند تعذر الظرفية) ش: لأن الفعل لا يصلح ظرفًا لأنه عرض فلا يقوم بنفسه فلا يصلح الدخول ظرفًا للطلاق . وفي «المبسوط» وكذا الحكم في ذهابك إلى مكان كذا أو في لبسك ثوب كذا لم تطلق حتى تفعل .

* * *

فصل في إضافة الطلاق إلى الزمان

ولو قال أنت طالق غداً ، وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر ، لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد ، وذلك بوقوعه في أول جزء منه ، ولو نوى به آخر النهار يصدق ديانة لا قضاء لأنه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله لكنه يخالف الظاهر ولو قال أنت طالق اليوم غداً أو غداً اليوم فإنه يؤخذ بأول الوقتين الذي تفوه به ، فيقع في الأول في اليوم ، وفي الثاني في الغد لأنه لما قال اليوم كان منجزاً ، والمنجز لا يحتمل الإضافة ،

م: (**فصل في إضافة الطلاق إلى الزمان**)

ش: أي هذا فصل في بيان حكم إضافة الطلاق إلى الزمان ، ذكر هنا فصولا مترادفة بحسب إضافة الطلاق وتنويعه وتشبيهه ، وإضافة الطلاق تأخير حكمه عن وقت الحكم إلى زمان يذكر بعده بغير كلمة الشرط .

م: (**ولو قال : أنت طالق غداً وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر ، لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد ، وذلك بوقوعه في أول جزء منه**) ش: أي من الغد وهو طلوع الفجر ، لأن الغد يتحقق في ذلك الوقت م: (**ولو نوى به**) ش: أي بقوله غداً م: (**آخر النهار يصدق ديانة**) ش: أي لاحتمال كلامه ذلك م: (**لا قضاء**) ش: أي لا يصدق قضاء في الحكم .

م: (**لأنه نوى التخصيص في العموم ، وهو يحتمله**) ش: أي يحتمل الخصوص فيصدق ديانة ، كما لو قال لا أكل طعاما ونوى طعاما دون طعام م: (**لكنه يخالف الظاهر**) ش: لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد ، وذلك بوقوعه في أوله ، وفيه تخفيف عليه فلا يصدقه القاضي .

ولقائل أن يقول العام ما يتناول أفراد متفقة الحدود ولفظ الغد ليس كذلك ، وما يتوهم فيه من الطول والوسط ، والآخر فهو من أجزائه لا من أفراده ، وحينئذ لا تكون النية آخر النهار ، فلا عموم ولا تخصيص . والجواب أن المراد الحقيقة والمجاز ، فإن إطلاق لفظ الكل وإرادة الجزء مجاز لا محالة .

م: (**ولو قال : أنت طالق اليوم غداً ، أو غداً اليوم يؤخذ بأول الوقتين الذي تفوه به**) ش: أي تكلم به م: (**فيقع في الأول**) ش: أي في الوجه الأول ، وهو قوله أنت طالق اليوم غداً م: (**في اليوم وفي الثاني**) ش: وهو قوله أنت طالق غداً اليوم .

م: (**في الغد ، لأنه لما قال اليوم كان منجزاً ، والمنجز لا يحتمل الإضافة**) ش: فكان قوله غداً لغواً ، وبقولنا قال الشافعي ، وحكي عنه في قوله أنت طالق غداً اليوم وجهان ، أصحهما : أنه لا يقع في الحال شيئ ويقع واحدة غداً ، كقولنا . والثاني : أن الحكم فيه كما لو قال أنت طالق اليوم غداً .

ولو قال غداً كان إضافة ، والمضاف لا ينجز لما فيه من إبطال الإضافة فلغا اللفظ الثاني في الفصلين. ولو قال أنت طالق في غد ، وقال نويت آخر النهار دين في القضاء عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا : لا يدين في القضاء خاصة ، لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد ، فصار بمنزلة قوله غداً ؛على ما بيناه ، ولهذا يقع في أول جزء منه عند عدم النية ، وهذا لأن حذف (في) وإثباته سواء ، لأنه ظرف في الحالين. ولأبي حنيفة -رحمه الله- أنه نوى حقيقة كلامه ، لأن كلمة (في) للظرف ،والظرفية لا تقتضي الاستيعاب وتعيين الجزء الأول ضرورة عدم المزاحم فإذا عين آخر النهار كان التعيين القصدي أولى بالاعتبار من الضروري ، بخلاف قوله غداً ،

م: (ولو قال : غداً كان إضافة ، والمضاف لا ينجز لما فيه من إبطال الإضافة ، فلغا اللفظ الثاني في الفصلين) ش: في قوله أنت طالق اليوم غداً ، وقوله غداً اليوم ، فإن قيل لم لم يجعل غداً ظرفا لطلاق آخر .

وأجيب : بأنه يحتاج إلى تقدير أنت طالق ، والأصل خلافه فلا يصار إليه في غير موضع الضرورة ، وفيه نظر ، لأن صون كلام العاقل عن الإلغاء نوع ضرورة ، والأولى أن يقال وصفها بالطلاق اليوم وغداً ، وبالطلقة الواحدة يحصل هذا المقصود ، فلا حاجة إلى غيرها ، فعلى هذا كان كلامه مصونًا عن الإلغاء .

فإن قيل هذا لا يتم في الصورة الثانية وهي قوله أنت طالق غداً اليوم ، لأنه وصفها بالطلاق غداً ، والموصوف به غداً لا يكون موصفًا به اليوم . أجيب : بأن إيقاع الثانية فيها مفض إلى المكروه، وهو إيقاع الطلقتين دفعة واحدة لا ينتقى لإثباتها ، فيكون الثاني لغوا .

م: (ولو قال : أنت طالق في غد ، وقال : نويت آخر النهار دين في القضاء عند أبي حنيفة، وقالا : يدين في القضاء خاصة ، لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد ، فصار بمنزلة قوله غداً على ما بيناه) ش: هو أنه تخصيص العموم ، وهو خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء ويصدق ديانة ، م: (ولهذا) ش: أي ولأجل كونه وضعها بالطلاق في جميع الغد م: (يقع) ش: أي الطلاق م: (في أول جزء منه) ش: أي من الغد م: (عند عدم النية وهذا) ش: أي وقوع الطلاق في أول جزء منه عند عدم النية م: (لأن حذف م: (في) ش: وإثباته سواء لأنه ظرف في الحالين) ش: أي : الحذف والإثبات . م: (ولأبي حنيفة أنه نوى حقيقة كلامه) ش: لأنه لما قال في الغد جعل الغد ظرفا م: (لأن كلمة م: (في) ش: للظرف ،والظرفية لا تقتضي الاستيعاب) ش: أي استيعاب المظروف ، كقولنا : زيد في الدار يقتضي وجوده في جزء من أجزاء الظرف ، وقد يشغل جميع المظروف ، فكان كلامه محتملا للوجهين م: (وتعيين الجزء الأول ضرورة عدم المزاحم ، فإذا عين آخر النهار كان التعيين القصدي) ش: من المعين م: (أولى بالاعتبار من الضروري، بخلاف قوله غداً) ش: يعني إذا قال غداً بدون ذكر كلمة (في)

لأنه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصيغة مضافًا إلى جميع الغد نظيره إذا قال :والله لأصومن عمري ،ونظير الأول: والله لأصومن في عمري ، وعلى هذا الدهر وفي الدهر. ولو قال: أنت طالق أمس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء لأنه أسنده إلى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق ، فليلغو كما إذا قال أنت طالق قبل أن أخلق ، ولأنه يمكن تصحيحه إخبارًا عن عدم النكاح أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الأزواج . ولو تزوجها أول من أمس وقع الساعة ، لأنه ما أسنده إلى حالة منافية ،ولا يمكن تصحيحه إخبارًا أيضًا ، فكان إنشاء، والإنشاء في الماضي إنشاء في الحال فيقع الساعة . ولو قال :أنت طالق قبل أن أتزوجك لم يقع شيء لأنه سنده إلى حالة منافية

م: (**لأنه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها**) ش: أي وصف المرأة م: (**بهذه الصيغة**) ش: يعني بصيغة الطلاق حال كون الصيغة م: (**مضافًا إلى جميع الغد**) ش: فلا يصدق ديانة في نيته آخر النهار وقضاء ،م: (**نظيره**) ش: أي نظير حكم هذا المذكور بدون ذكر كلمة في م: (**إذا قال: والله لأصومن عمري ، ونظير الأول**) ش: وهو المذكور بكلمة (في) م: (**والله لأصومن في عمري**) ش: فإن الأول يتناول جميع عمره حتى لا يبر في يمينه إلا بصوم جميع العمر ، وفي الثانية وهو قوله لأصومن في عمري يتناول ساعة من عمره ، حتى لو صام ساعة يبر في يمينه م: (**وعلى هذا**) ش: أي وعلى الحكم المذكور م: (**الدهر وفي الدهر**) ش: يعني لو قال لأصومن الدهر ، أو قال لأصومن في الدهر ، ففي الأول لا يبر حتى يصوم الدهر كله ، وفي الثاني لو صام ساعة منه يبر في يمينه .

م: (**ولو قال: أنت طالق أمس وقد تزوجها**) ش: أي والحال أنه قد تزوجها م: (**اليوم**) ش: بالنصب ، أي في اليوم الذي قال أنت طالق م: (**لم يقع شيء ، لأنه أسنده**) ش: أي أسند كلامه م: (**إلى حالة معهودة**) ش: أي معلومة م: (**منافية لمالكية الطلاق فيلغو**) ش: كلامه فلا يقع شيء م: (**كما إذا قال : أنت طالق قبل أن أخلق**) ش: أو قبل أن تخلقي ، ولا خلاف فيه للفقهاء ، وذلك لأنه وصفها بالطلاق في وقت لم تكن هي في ملكه م: (**ولأنه يمكن تصحيحه**) ش: أي تصحيح هذا الكلام م: (**إخبارًا عن عدم النكاح أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الأزواج**) ش: أي : أو يكون إخبارًا عن كون هذه المرأة مطلقة بتطليق غيره من الأزواج ، وهذا لا يستقيم إن كانت المرأة بكرًا أو ثيبًا بغير نكاح أو متوفى عنها زوجها ، ولا يستقيم الكلام إلا في التعليل الأول ، وهذا التعليل أيضا في نفس الأمر تكرار ، لأن عدم النكاح يصدق على هذا ، فافهم .م: (**ولو تزوجها أول من أمس وقع الطلاق الساعة ، لأنه ما أسنده إلى حالة منافية ، ولا يمكن تصحيحه إخبارًا أيضاً**) ش: أي كما في المسألة السابقة ، فلما لم يكن تصحيحه إخبارًا م: (**فكان إنشاء ، والإنشاء في الماضي إنشاء في الحال فيقع الساعة**) ش: لأن الإنشاء إيجاب أمر لم يكن ، والإيجاب في الماضي إنشاء في الحال فيكون طلاقاً في الحال . م: (**ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوجك لم يقع شيء ، لأنه أسنده إلى حالة منافية**) ش: لأنه أضاف الطلاق إلى زمان مناف للطلاق ، لأنه لا وجود للطلاق قبل النكاح فلا يقع

فصار كما إذا قال: طلقتك وأنا صبي أو نائم أو يصح إخباراً على ما ذكرناه ولو قال: أنت طالق ما لم أطلقك أو متى لم أطلقك أو متى ما لم أطلقك ، وسكت طلقت؛لأنه أضاف الطلاق إلى زمان خال عن التطليق وقد وجد حيث سكت ،وهذا لأن كلمة «متى» و«متى ما» صريح في الوقت لأنهما من ظروف الزمان ،وكذا كلمة «ما »للوقت ، قال الله تعالى : ﴿ ما دمت حيًا ﴾ (مريم الآية:٣١)، أي وقت الحياة .

م: (**فصار**) ش: أي حكم هذا م: (**كما إذا قال: طلقتك وأنا صبي أو نائم**) ش: لأنه أسنده إلى حالة غير معهودة ، فلا يعتبر قوله في الإضافة .

م: (**أو يصح إخباراً**) ش: يعني يجعل قوله أنت طالق ، إخباراً عن عدم النكاح قبل التزوج في قوله أنت طالق قبل أن أتزوجك م: (**فلا يقع**) ش: أي فصار حكم هذا قبل أن أتزوجك لأن حقيقة الصفة للإخبار ، وأمكن العمل بها فلا يجعل إنشاء م: (**على ما ذكرناه**) ش: إشارة إلى قوله- لأنه يمكن تصحيحه إخباراً عن عدم النكاح ، وعن كونها مطلقة بتطليق غيره من الأزواج .

م: (**ولو قال : أنت طالق ما لم أطلقك أو متى لم أطلقك أو متى ما لم أطلقك وسكت طلقت ، لأنه أضاف الطلاق إلى زمان خال عن التطليق ، وقد وجد حيث سكت**) ش: وهذا باتفاق الفقهاء م: (**وهذا**) ش: توضيح لما قبله م: (**لأن كلمة «متى» و«متى ما » صريح في الوقت ، لأنهما من ظروف الزمان**) ش: إذا متى فإنها لمبهم في الوضع ، ولكن لما كان الفعل يليها دون الاسم جعلت للشرط والإبهام فيما دخل عليه يعني بين أن يوجد وبين أن لا يوجد ، فصحت المجازاة بها مع قيام معنى الوقت به ، فإذا قال لامرأته أنت طالق متى لم أطلقك يقع الطلاق عقيب اليمين وجود وقت لم يطلقها فيه بعد كلامه ولم يقتصر على المجلس ، لأنه باعتبار إبهام فيه يعم جميع الأزمنة ، وأما متى ما فإنه أيضاً متى في الأصل ، فزيدت فيه كلمة ما فإنها تستعمل للوقت لا محالة فترجحت جهة الوقت .

م: (**وكذا كلمة ما**) ش: أي تستعمل في الوقت كما ذكرناه . م: (**قال الله تعالى : ﴿ ما دمت حياً ﴾**) (مريم الآية : ٣١) م : (**أي وقت الحياة**) ش: وقال الله تعالى حكاية عن عيسى -عليه السلام- ﴿ وأوصاني بالصلاة والزكاة ما دمت حيا ﴾ أي مدة دوامي حياً . قلت : شرطية أيضًا ، قال الله تعالى : ﴿ **ما يفتح الله للناس من رحمة فلا ممسك لها ، وما يمسك فلا مرسل له من بعده** ﴾ (فاطرالآية : ٢) ، فينبغي أن لا تقع إلا إذا كانت للوقت دون الشرط ، وهي تكون شرطية من غير وقت ، وللوقت بلا شرط ، بخلاف متى ومتى [ما] ، فإنها إذا كانت للمجازاة فلا ينفك عن الوقت .

فإذا قلت : متى القتال؟ كانت للاستفهام عن زمان القتال ، وليس فيه شرط ، وإذا قلت متى تقم أقم معك كانت ظرفاً تضمنت معنى الشرط ، وكذا متى ما .

ولو قال: أنت طالق إن لم أطلقك لم تطلق حتى يموت ، لأن العدم لا يتحقق إلا باليأس عن الحياة، وهو الشرط كما في قوله: إن لم آت البصرة، وموتها بمنزلة موته، هو الصحيح . ولو قال: أنت طالق إذا لم أطلقك أو إذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى يموت ،عند أبي حنيفة -رحمه الله-، وقالا: تطلق حين سكت ، لأن كلمة إذا للوقت ، قال الله تعالى : ﴿ إذا الشمس كورت ﴾ (التكوير الآية١) : «وقال قائل:

وإذا تكون كريهة أدعى لها وإذا يُحاسُ الحيس يدعى جندب

م: (ولو قال : أنت طالق إن لم أطلقك لم تطلق حتى يموت ، لأن العدم) ش: أي عدم التطليق م: (لا يتحقق إلا باليأس عن الحياة ، وهو الشرط) ش: أي اليأس عن الحياة هو الشرط ، فإذا انتهى إلى الموت وقد وجد اليأس فوجد الشرط ، والمحل قائم والملك باق ، فوقع قبل موته بقليل وليس لذلك القليل حد معروف باتفاق الفقهاء ، ثم إن كان دخل بها فلها الميراث بحكم القرار عندنا خلافا للشافعي ، وإن لم يدخل بها فلا ميراث لها م: (كما في قوله: إن لم آت البصره) ش: يعني كما إذا قال لها أنت طالق إن لم آت البصرة لا يقع الطلاق ، حتى يقع الإياس عن الإتيان، فإذا انتهى إلى الوقت فقد وقع اليأس فوجد الشرط فوقع .

م: (وموتها بمنزلة موته) ش: أي موت الزوج يعني يقع الطلاق قبل موتها أيضًا م: (هو الصحيح) ش: احترازاً عن رواية النوادر ، فإنه قال فيها لا يقع الطلاق بموتها ، وفائدة وقوع الطلاق عليها بعد موتها أن لا يرث الزوج منها ، لأنها بانت قبل الموت فلا تبقى بينهما واجبته عند الموت ، وشرط التوريث هذا وقد عدم .

م: (ولو قال : أنت طالق إذا لم أطلقك أو إذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى يموت ،عند أبي حنيفة) ش: وبه قال أحمد في رواية م: (وقالا تطلق حين سكت) ش: وبه قال الشافعي ومالك م: (لأن كلمة« إذا» للوقت ، قال الله تعالى : ﴿ إذا الشمس كورت ﴾) ش: (التكوير) استدلالهم بهذه الآية ضعيف ، فإن إذا فيها للشرط ، ولهذا أتى فيها بالجواب ، وهو قوله تعالى : ﴿علمت نفس ما قدمت وأخرت ﴾ (الانفطار :الآية ٥) والشمس مرفوعة بالفاعلية رافعة فعل مضمر ، تفسيره كورت بكذا ، ذكره الزمخشري، ورفعه بالفاعلية مذهبه، وغيره يرفعه بالفعل المقدر أو المفسر على أنه مفعول ما لم يسم فاعله .

وقال قائل:

وإذا تكون كريهة أدعى لها وإذا يُحاسُ الحيس يدعى جندب

ولم يبين المصنف قائل هذا البيت من هو ،وعزاه الكاكي إلى عنترة العبسي وليس بصحيح ، وعزاه سيبويه إلى رجل من مذحج ، وقال أبو رياش : قائله همام بن مرة أخو جناس بن مرة قاتل كليب ، وزعم ابن الأعرابي أنه لرجل من بني عبد مناف قبل الإسلام بخمسمائة عام ، وذكر هذا

فصار بمنزلة« متى» و«متى ما»، ولهذا لو قال لامرأته: أنت طالق إذا شئت لا يخرج الأمر من يدها بالقيام من المجلس كما في قوله متى شئت ،ولأبي حنيفة -رحمه الله - تستعمل في الشرط أيضًا. قال قائلهم :

وأن البيت من قصيدة من الكامل مع بيان لغاتها وأعرابها في الكتاب الذي صنفته وسميته «بالمقاصد النحوية في شرح شواهد شروح الألفية» . وقال الكاكي أول الشعر :

بل في القضية أن إذا استغنيتم ... وامتنموا فأنا البعيد الأجنب

قلت : ليس كذلك ، بل أوله :

يا ضمر أخبرني وليس بكاذب ... والقول ما فعل الذي لا يكذب

أمن السوية إن إذا استغنيتم ... وأمنتموا فأنا البعيد الأجنب

وإذا الشدائد بالشدائد مرة ... أسجتكم فأنا المحب الأقرب

ولجندب سهل البلاد وعذبها ... وإلى الملاح وحزنهن المجذب

وإذا تكون كريهة أدعى لها ... وإذا يحاس الحيس يدعى جندب

هذا وجدكم الصغار بعينه ... لا أم لي إن كان ذاك ولا أب

عجبًا لتلك قضية وإقامتي ... فيكم إلى تلك القضية أعجب

قوله : يا ضمر ، أراد: يا ضمرة؛ فرخم . قوله : أسجتكم - من السجأة إذا غضبه . قوله: الملاح - بضم الميم وبتشديد اللام- نبات الحمص ، والحزن بالفتح : ما حزن من الأرض ، وفيها غلاظة . قوله : وإذا يحاس الحيس - وهو تمر يخلط بسمن وأقط ثم يدلك حتى يختلط . قوله: وجدكم - الواو فيه للقسم ، أي وحق حظكم . . . وسعدكم . والصغار -بالفتح- الذلة .

م: (**فصار**) ش: أي إذا م: (**بمنزلة متى ومتى ما**) ش: يعني في عدم سقوط معنى الوقت عند استعماله شرطاً واستوضح كونه بمعنى متى بقوله م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل كونه بمعنى متى م: (**لو قال لامرأته: أنت طالق إذا شئت لا يخرج الأمر من يديها بالقيام من المجلس؛ كما في قوله: متى شئت ، ولأبي حنيفة -رحمه الله- يستعمل في الشرط أيضاً**) .

م: (**وأصل الخلاف بين أهل اللغة والنحو**) ش: الكوفيون يقولون أن إذا قد تستعمل للشرط أيضاً ، وقد تستعمل للوقت على السواء ، وإذا كان بمعنى الشرط يسقط عنه معنى الوقت أصلا كحرف أن ، وهو مذهب أبي حنيفة -رحمه الله- تعالى ، وعند البصريين حقيقة للوقت وللشرط يستعمل مجازاً ولا يسقط منه معنى الشرط م: (**قال قائلهم**) ش: أي قائل الجمع الذين قالوا : إنه

واستغن ما أغناك ربك بالغنى　　　وإذا تصبك خصاصة فتحمل

فإن أريد بها الشرط لم تطلق في الحال ، وإن أريد بها الوقت طلقت فلا تطلق بالشك والاحتمال، بخلاف مسألة المشيئة ؛ لأنه على اعتبار أنه للوقت لا يخرج الأمر من يدها ، على اعتبار أنه للشرط يخرج ، وكان الأمر بيدها، فلا يخرج بالشك والاحتمال ،وهذا الخلاف فيما إذا لم تكن له نية .

يستعمل للشرط

واستغن ما أغناك ربك بالغنى　　　وإذا تصبك خصاصة فتحمل

ومعنى قوله : (وإذا تصبك) بالجزم ، فلو كان لها الجزم لدخل الفاء في جوابه، وهو محتمل ، والبيت لعبد قيس بن خفاق ، وهو من الكامل من قصيدة مشهورة في المعلقات وما قبله

أبني إن أباك حارب يومه　　　وإذا دعيت إلى المكارم فاعجل

الله فاتقه وأوف بنذره　　　وإذا حلفت ممارياً فتحلل

واستغن ما أغناك ربك بالغنى　　　وإذا تصبك خصاصة فتحمل

قوله : أبني : أي : يا بني . قوله : خصاصة ؛ أي : مجاعة بالجيم ، وهو أكل المر وهو الشحم المذاب ، والمراد الاكتفاء والقناعة بأدنى شيء ، لأنه إذا كانت مشتركة لم يجز استعمالها فيهما دفعة .

م: (**فإن أريد بها الشرط لم تطلق في الحال ، وإن أريد بها الوقت طلقت ،فلا تطلق بالشك والاحتمال**) ش: فإن قيل : النظر إلى الشرطية يقتضي بقاء النكاح والحل والنظر إلى الوقتية يوجب الطلاق والحرمة فاجتمعت الحرمة والحل ، فينبغي أن ترجح الحرمة كما عرف . قلنا : هذا متروك في جميع صور التردد ، فإنه لو شك في الانتقاض بعد الطهارة ، فإن بقاءها يوجب إباحة الصلاة بالنظر إلى الانتقاض يحرم أداؤها ، ومع هذا لا يترجح الحرمة ، وإن كان مبنى الصلاة على الاحتياط لأن الشك لا يحدث شيئاً ، فلا يكون من قبيل تعارض دليل الحرمة مع دليل الحل ، كذا قيل .

م: (**بخلاف مسألة المشيئة**) ش: جواب عن قولهما كما في قوله متى شئت ، وتقديره قوله : م: (**لأنه على اعتبار أنه**) ش: أي أن إذا م: (**للوقت**) ش: أي لمعنى الوقت م: (**لا يخرج الأمر من يدها، وعلى اعتبار أنه للشرط يخرج ، الأمر بيدها**) ش: بيقين م: (**فلا يخرج بالشك والاحتمال**) ش: لأن الشك لا يعارض اليقين ، م: (**وهذا الخلاف**) ش: أي المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه م: (**فيما إذا لم تكن له نية**) ش: في قوله أنت طالق إذا لم أطلقك .

أما إذا نوى الوقت يقع في الحال ، ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر لأن اللفظ يحتملهما . ولو قال: أنت طالق ما لم أطلقك ، أنت طالق فهي طالق بهذه التطليقة ، معناه: قال ذلك موصولاً به ، والقياس أن يقع المضاف فيقعان إن كانت مدخولاً بها ، وهو قول زفر -رحمه الله- لأنه وجد زمان لم يطلقها فيه ، وإن قل ، وهو زمان قوله: أنت طالق ، قبل أن يفرغ منها . وجه الاستحسان أن زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة الحال ، لأ البر هو المقصود ،ولا يمكنه تحقيق البر إلا أن يجعل هذا القدر مستثنى ، وأصله من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته وأخواته على ما يذكر في الأيمان إن شاء الله تعالى.

م: (**وأما إذا نوى الوقت يقع**) ش: الطلاق م: (**في الحال ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر**) ش: يموت أحدهما م: (**لأن اللفظ يحتملهما**) ش: أي يحتمل الوقت والشرط ، فإذا احتملهما على السواء يقع ما نوى بالإجماع ، وقيل : إذا تستعمل للشرط مجازاً عند أبي حنيفة -رحمه الله تعالى- وكذا عندهما فينبغي أن لا يصدقه القاضي فيما إذا نوى به معنى إن؛ لأن فيه تخفيفاً على نفسه. قيل في جوابه لما كثر استعماله في معنى الشرط فصار كالظاهر في حقه ، فجاز أن يصدقه القاضي ، مع أنه قيل حقيقة فيهما عنده ، وفيه نوع تأمل .

م: (**ولو قال : أنت طالق ما لم أطلقك أنت طالق فهي طالق بهذه التطليقة**) ش: أي التطليقة الأخيرة المضافة إلى المعلقة بعدم التطليق م: (**معناه**) ش: أي معنى ما قاله محمد أو القدوري م: (**قال ذلك موصولاً به**) ش: قيد به لأنه لو قال مفصولاً يقعان بالإجماع قياساً واستحساناً ، لأنه وجد الزمان الخالي عن التطليق م: (**والقياس أن يقع المضاف**) ش: وهو قوله ما لم أطلقك م: (**فيقعان**) ش: أي المضاف والتطليقة الأخيرة م: (**إن كانت مدخولاً بها وهو**) ش: أي القياس م: (**قول زفر ، لأنه وجد زمان لم يطلقها فيه وإن قل ، وهو زمان قوله أنت طالق قبل أن يفرغ منها**) ش: بيانه أنه وجد ما بين اليمين ، ووقوع الطلاق مقدار ما يقع فيه ستة أحرف ، وشرط الحنث يستوي فيه القليل والكثير .

م: (**وجه الاستحسان أن زمان البر مستثنى عن اليمين به لدلالة الحال**) ش: لأن الحالف إنما يحلف ليبر في يمينه ولم يمكنه البر في هذه إلا أن يجعل الساعة التي تشتغل بالإيقاع فيها مستثنى ، فيصير هذا القدر مستثنى من اليمين بدلالة الحال م: (**لأن البر هو المقصود ،ولا يمكنه تحقيق البر ، إلا أن يجعل هذا المقدار**) ش: أي مقدارما تشتغل بالإيقاع فيه م: (**مستثنى**) ش: عن اليمين م: (**وأصله**) ش: أي أصل هذا الخلاف الذي وقع بيننا وبين زفر مسألة كتاب الأيمان ، أشار إليها بقوله : م: (**من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته**) ش: فإنه لا يحنث استحساناً وعند زفر يحنث قياساً م: (**وأخواته**) ش: أي وأخوات من حلف ، وهي قوله لا تلبس هذا الثوب وهو لابسه ، فنزعه في الحال ، ولا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته لا يحنث ، خلافاً لزفر م: (**على ما يذكر في الأيمان إن شاء الله تعالى**) ش: أي على ما يذكر أصل هذه المسألة وأخواتها في

ومن قال لامرأة : يوم أتزوجك فأنت طالق فتزوجها ليلاً طلقت لأن اليوم يذكر ويراد به بياض النهار، فيحمل عليه إذا قرن بفعل يمتد كالصوم ، والأمر باليد لأنه يراد به المعيار، وهو أليق به ويذكر ويراد به مطلق الوقت ، قال الله تعالى : ﴿ ومن يولهم يومئذ دبره ﴾ (الأنفال الآية : ١٦)، والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه إذا قرن بفعل لا يمتد ، والتزوج من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار ، ولو قال: عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول إلا السواد، والنهار لا يتناول إلا البياض خاصة وهو اللغة.

كتاب الأيمان إن شاء الله عز وجل . م: (**ومن قال لامرأة يوم أتزوجك فأنت طالق فتزوجها ليلاً**) ش: أي في الليل م: (**طلقت ، لأن اليوم يذكر ويراد به بياض النهار ، فيحمل عليه**) ش: أي على بياض النهار م: (**إذا قرن**) ش: أي اليوم م: (**بفعل يمتد كالصوم**) ش: فإنه يمتد م: (**والأمر باليد**) ش: كما في قوله أمرك بيدك يوم يقدم فلان م: (**لأنه يراد به المعيار**) ش: أي أراد باليوم المعيار إذا الفعل ممتد ، والمراد بالمعيار أن يكون مقداراً بقدر الفعل كالصوم في اليوم م: (**وهو أليق به**) ش: أي كون المعيار مراداً من اليوم أليق بالفعل الممتد ؛ لأن الفعل الممتد يحتاج إلى وقت مؤبد وهو بياض النهار الذي صار المعيار عبارة عنه ، بخلاف ما إذا لم يكن الفعل ممتداً ، حيث لا يحتاج إلى وقت مديد بل يكفيه مطلق الوقت .

م: (**ويذكر**) ش: أي اليوم م: (**ويراد به مطلق الوقت ، قال الله تعالى : ﴿ ومن يولهم يومئذ دبره﴾**) (الأنفال الآية : ١٦) ، م : (**والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه**) ش: أي على مطلق الوقت م: (**إذا قرن بفعل لا يمتد والتزوج من هذا القبيل**) ش: أي مما لا يمتد إذ لا يقال تزوجتك شهراً وسنة ، فلو قال ذلك يتأبد ويمتد ، وفي أكثر النسخ م: (**والطلاق من هذا القبيل**) ش: قال الإمام حميد الدين : هذا يدل على أن المعتبر جانب الشروط ، وفي النسخة التي فيها الطلاق قال الإمام ظهير الدين : هذا يدل على أن المعتبر في الامتداد وعدمه جانب الجزاء لا جانب الشرط .

وقال الأترازي : اختلفوا في الفعل الذي لا يمتد ، قال صاحب «الهداية» : أي أنه الطلاق ، لأنه قال والطلاق من هذا القبيل ، أي مما لا يمتد أبداً ، قال شمس الأئمة السرخسي وقال فخر الإسلام البزدوي والصدر الشهيد العتابي أنه التزوج م: (**فينتظم الليل والنهار**) ش: ويقع الطلاق إذا قدم ليلاً أو نهاراً في قوله - أنت طالق يوم يقدم فلان - وبه قال الشافعي في وجه ، وفي الأصح عنده لا يتناول الليل فلا يقع الطلاق إذا قدم ليلاً .

م: (**ولو قال : عنيت به بياض النهار خاصة دين**) ش: أي صدق م: (**في القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه**) ش: لأن النهار بياض النهار خاصة ، والليل للسواد خاصة ، واليوم يستعمل في بياض النهار ، ومطلق الوقت الاشتراط عند البعض ، والصحيح بطريق المجاز م: (**والليل لا يتناول السواد والنهار يتناول البياض خاصة وهو اللغة**) ش: يعني حقيقتهما اللغوية .

فصل

ومن قال لامرأته :أنا منك طالق فليس بشيء وإن نوى طلاقًا، ولو قال :أنا منك بائن أو عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق، وقال الشافعي -رحمه الله- : يقع الطلاق في الوجه الأول أيضًا إذا نوى ؛ لأن ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى تملك المطالبة بالوطيء كما يملك هو المطالبة بالتمكين ، وكذا الحل مشترك بينهما ،والطلاق وضع لإزالتهما فيصح مضافًا إليه كما يصح مضافًا إليها، كما في الإبانة والتحريم.

م: (**فصل**)

ش: أي هذا فصل في إضافة الطلاق إلى النساء . ولما كانت هذه مخالفة لإضافة الطلاق إلى الرجال ذكرها في فصل على حدة . وقال الأكمل: ذكر فيه مسائل أخر متنوعة ، وكان حقها أن يذكرها في مسائل شتى .

قلت : ليس من حقها ما ذكره ، لأن الذي ذكره في هذا الفصل كله من أنواع الطلاق ، والمناسب ذكرها كلها في فصول الطلاق .

م: (**ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشيء وإن نوى طلاقاً**) ش: هذه من مسائل «الجامع الصغير» ، وصورتها فيه عن محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ، في رجل يقول لامرأته أنا منك طالق ، ينوي الطلاق ، قال لا يكون طلاقاً ، انتهى. وهذا معنى قول المصنف فليس قوله - وإن نوى طلاقاً - واصل بما قبله .

م: (**ولو قال: أنا منك بائن أو عليك**) ش: أي أو قال أنا عليك م: (**حرام**) ش: حال كونه م: (**ينوي الطلاق فهي طالق**) ش: هاتان الصورتان من تتمة مسائل «الجامع الصغير» المذكورة: الأولى : أنا منك بائن ينوي الطلاق كانت طلاقًا ، الثانية : قوله أنا عليك حرام ينوي الطلاق كانت طلاقاً ، وبقولنا قال أحمد .

م: (**وقال الشافعي رحمه الله تعالى : يقع الطلاق في الوجه الأول أيضاً إذا نوى**) ش: الوجه الأول هو قوله أنا منك طالق م: (**لأن ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى تملك**) ش: أي المرأة م: (**المطالبة**) ش: أي مطالبة زوجها م: (**بالوطيء كما يملك هو**) ش: أي الزوج م: (**المطالبة**) ش: أي مطالبة المرأة م: (**بالتمكين**) ش: أي تمكين نفسها من الزوج م: (**وكذا الحل مشترك بينهما**) ش: أي بين الزوجين وذلك محل استمتاع كل منهما بصاحبه ولانتهاء النكاح بموت كل منهما وتسمية كل واحد ناكحاً م: (**والطلاق وضع**) ش: أي شرعاً م: (**لإزالتهما**) ش: أي لإزالة الحل والتمكين ، وكل ما وضع كذلك م: (**فيصح مضافاً إليه**) ش: أي على الزوج م: (**كما يصح مضافاً إليها**) ش: أي إلى المرأة م: (**كما في الإبانة والتحريم**) ش: أي كما يصح في قوله أنا منك بائن ، وأنا عليك حرام .

ولنا أن الطلاق لإزالة القيد وهو فيها دون الزوج ، ألا ترى أنها هي الممنوعة عن التزوج بزوج آخر والخروج ، ولو كان لإزالة الملك فهو عليها لأنها مملوكة ، والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة، بخلاف الإبانة لأنها لإزالة الوصلة وهي مشتركة بينهما ، وبخلاف التحريم لأنه لإزالة الحِل وهو مشترك بينهما فصحت إضافتهما إليهما، ولا تصح إضافة الطلاق إليها .

وهذا التعليل الذي علل به الشافعي مرضي عند أكثر أصحابه فقالوا لو كان كذلك لما احتاج إضافة الطلاق إليه ، أي إلى النية كما لا يحتاج الإضافة إليها ، أي إلى النية ، بل المختار عند أصحابه أن على الزوج حجراً من جهتها من حيث إنه لا ينكح أختها ولا أربعاً سواها فيصح إضافته إليه باعتبار رفع ذلك القيد ؛ لأن الإضافة إلى الزوج غير معهودة ، فاحتيج إلى النية ، كذا في كتبهم .

م: (**ولنا أن الطلاق لإزالة القيد**) ش: أي القيد الحاصل بالنكاح م: (**وهو**) ش: أي القيد م: (**فيها**) ش: أي في المرأة م: (**دون الزوج**) ش: يعني القيد للنكاح حصل للرجل على المرأة لا للمرأة على الرجل ، ثم أوضح ذلك بقوله م: (**ألا ترى أنها**) ش: أي المرأة م: (**هي الممنوعة عن التزوج بزوج آخر والخروج**) ش: أي وممنوعة من الخروج والبروز ، والرجل ينطلق حيث شاء ، ويريد ويستمتع بإمائه وإن كثرت وبثلاث سواها .

م: (**ولو كان**) ش: أي الطلاق م: (**لإزالة الملك**) ش: كما قال الشافعي م: (**فهو عليها**) ش: أي فالكل عليها م: (**لأنها مملوكة والزوج مالك**) ش: وهذا جواب عما قاله الشافعي بطريق التسليم بعد المنع ، فإن الطلاق لإزالة الملك ، ثم أوضح ذلك بقوله م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل كونها مملوكة م: (**سميت منكوحة**) ش: ولما ملك بضعها وجب عليه المهر والنفقة وبمقابلته تملكه م: (**بخلاف الإبانة**) ش: أي بخلاف قوله - أنا منك بائن - م: (**لأنها**) ش: أي لأن الإبانة م: (**لأزالة الوصلة وهي مشتركة بينهما**) ش: أي بين الزوجين ، ولهذا جاز إضافتها إلى كل واحد منهما ألا ترى أنه يقال بان عنها ، كما يقال بانت عنه .

م: (**وبخلاف التحريم**) ش: أي وبخلاف قوله - أنا عليك حرام - م: (**لأنه**) ش: أي لأن لفظ حرام م: (**لإزالة الحل وهو**) ش: أي الحل م: (**مشترك**) ش: أي م: (**بينهما فصحت إضافتهما**) ش: أي إضافة الحرام والإبانة م: (**إليهما**) ش: أي إلى الزوجين ، ألا ترى أنه يقال حرم عليها كما يقال حرمت عليه م: (**ولا تصح إضافة الطلاق إليها**) ش: أي إلى المرأة ، لأن الطلاق زوال القيد ، ولما لم يكن القيد على الرجل لم يصح إضافة الطلاق إليه ، ولأن الطلاق لو وقع على المرأة لا يخلو ، إما أن يثبت ابتداء أو بناء على ثبوته في الرجل ، فلا يجوز الأول لعدم إضافة الطلاق إليها، ولا يجوز الثاني أيضا ، لأن الرجل ليس طالقاً عن المرأة عدم القيد فيه ، فلغى قوله - أنا منك طالق - كما إذا قال لعبده أنا منك حر ، حيث لا يعتق . فإن قيل لا نسلم عدم القيد في

ولو قال :أنت طالق واحدة أو لا فليس بشيء، قال- رضي الله عنه- :كذا ذكر في «الجامع الصغير» من غير خلاف ، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف -رحمه الله- آخراً. وعلى قول محمد وهو قول أبي يوسف- رحمه الله- أولاً تطلق واحدة رجعية، ذكر قول محمد -رحمه الله- في كتاب الطلاق فيما إذا قال لامرأته أنت طالق واحدة ، أو لا شيء، ولا فرق بين المسألتين ، ولو كان المذكور ها هنا قول الكل ، فعن محمد -رحمه الله -روايتان: له أنه أدخل الشك في الواحدة لدخول كلمة أو بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ، ويبقى قوله :أنت طالق ،

الرجل ، ولهذا لا يجوز له أن يتزوج أربعاً سواها عليها وأختها وابنة أخيها ، قيل له ذلك باعتبار عدم المشروعية لا باعتبار أن القيد واقع على الرجل .

م: (**ولو قال : أنت طالق واحدة أو لا فليس بشيء**) ش: هذه مسألة «الجامع الصغير» ، وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة -رضي الله تعالى عنه- في رجل قال لامرأته أنت طالق واحدة أو لا قال ليس بشيء ، انتهى ، وكذا لو قال: أنت طالق أو لا أو غير طالق لا يقع شيء وبه قال الشافعي وأحمد ومالك على هذا الخلاف لو قال أنت طالق ثلاثاً أو لا شيء .

م: (**قال**) ش: هكذا ذكره ، أي قال المصنف رحمه الله تعالى: م: (**كذا ذكر هذا في الجامع الصغير**» وقال في الأصل وإن قال أنت طالق واحدة أو لا شيء فهي طالق واحدة رجعية في قول محمد وقول أبي يوسف الأول ، ولم يذكر قول أبي حنيفة في الأصل كما ترى . ونقل صاحب الأجناس عن كتاب الطلاق إملاء أبي سليمان قال أبو حنيفة لا يقع الطلاق ، ثم قال صاحب الأجناس وكذا ذكره عن أبي حذيفة في «الجرجانيات» م: (**وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف آخراً**) ش: أي المذكور من قوله أنت طالق واحدة أو لا شيء .

م: (**وعلى قول محمد وهو قول أبي يوسف أولاً يطلق واحدة رجعية، ذكر قول محمد في كتاب الطلاق فيما إذا قال لامرأته :أنت طالق واحدة أو لا شيء، ولا فرق بين المسألتين**) ش: أي من قوله أنت طالق واحدة أو لا ، ومن قوله أنت طالق واحدة أو لا شيء ، لأنهما في المعنى واحد ، يعني لا فرق بينهما في حق التردد في الإيقاع أو في الوضع م: (**ولو كان المذكور ها هنا قول الكل فعن محمد روايتان**) ش: أي لو كان المذكور في «الجامع الصغير» قول الثلاث فيكون عن محمد روايتان، لأنه ذكر قول الثلاثة عن محمد في طلاق «المبسوط» أنه يقع واحدة رجعية ليذكر الخلاف في «الجامع الصغير» ، وهذا يستلزم ورود الروايتين عنه . م: (**له**) ش: أي لمحمد -رحمه الله تعالى- م: (**أنه**) ش: أي أن الرجل الذي قال لامرأته أنت طالق واحدة أو لا شيء م: (**أدخل الشك في الواحدة لدخول كلمة** م: (**أو**) ش: **بينها**) ش: أي بين الواحدة م: (**وبين النفي**) ش: وهو قوله لا شيء م: (**فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله: أنت طالق**) ش: سالماً من الشك ، فتقع طلقة

بخلاف قوله: أنت طالق أو لا لأنه أدخل الشك في أصل الإيقاع فلا يقع شيء ، ولهما أن الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد ألاترى أنه لو قال لغير المدخول بها :أنت طالق ثلاثًا تطلق ثلاثًا ، ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلاث ، وهذا لأن الواقع في الحقيقة إنما هو المنعوت المحذوف ، معناه أنت طالق تطليقة واحدة،على ما مر .وإذا كان الواقع ما كان العدد نعتًا له كان الشك داخلاً في أصل الإيقاع ، فلا يقع شيء. ولو قال أنت طالق مع موتي أو مع موتك فليس بشيء ، لأنه أضاف الطلاق إلى حالة منافية له ،لأن موته ينافي الأهلية وموتها ينافي الحلية ، فلا بد منهما

واحدة رجعية م: (**بخلاف قوله: أنت طالق أو لا ، لأنه أدخل الشك في أصل الإيقاع فلا يقع شيء**) .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف م: (**أن الوصف**) ش: وهو قوله أنت طالق م: (**متى قرن بالعدد**) ش: مثل أن يقول أنت طالق واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً م: (**كان الوقوع**) ش: أي وقوع الطلاق م: (**بذكر العدد**) ش: وهو قوله واحدة ، إنما أطلق العدد على الواحد مجازاً من حيث إنه أصل العدد م: (**ألا ترى أنه**) ش: توضيح لما قبله ، أي ألا ترى أن الرجل م: (**لو قال لغير المدخول بها :أنت طالق ثلاثاً تطلق ثلاثاً**) ش: بالاتفاق ، فعلم أن الوقوع بالعدد م: (**ولو كان الوقوع**) ش: أي وقوع الطلاق م: (**بالوصف للغا ذكر الثلاث**) ش: يعني لو كان بقوله أنت طالق لما وقع الثلاث ، فعلم أن الوقوع بالعدد لا بالوصف .

م: (**وهذا**) ش: أشار به إلى قوله ولو كان الوقوع بالوصف م: (**لأن الواقع في الحقيقة إنما هو المنعوت المحذوف ، معناه أنت طالق تطلقية واحدة على ما مر**) ش: أراد بقوله أن الوقوع بالعدد لا بالصفة وهي طالق ، لكن العدد وقع نعتاً لمحذوف ، أي تطليقة واحدة ، فالمنعوت هو الواقع في الحقيقة فافهم م: (**وإذا كان الواقع ما كان العدد نعتاً له كان الشك داخلاً في أصل الإيقاع فلا يقع شيء**) ش: الضمير في له يرجع إلى الموصول وهو قوله ما هو عبارة عن التطليقة المحذوفة ، وأراد بقوله العدد الواحد وقوله كان الشك إلى آخره جواب قوله إذا كان .

م: (**ولو قال : أنت طالق مع موتي أو مع موتك**) ش: أي أو قال أنت طالق مع موتك م: (**فليس بشيء**) ش: أي هذا القول ليس بشيء حتى لا يقع به طلاق ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد ، وهذه من مسائل «الجامع الصغير» وليس فيه خلاف ، وكذا إذا قال أنت طالق بعد موتي أو بعد موتك بل أولى م: (**لأنه أضاف الطلاق إلى حالة منافية له**) ش: أي للطلاق م: (**لأن موته**) ش: أي لأن موت الرجل م: (**ينافي الأهلية**) ش: أي للطلاق م: (**وموتها**) ش: أي موت المرأة م: (**ينافي المحلية**) ش: أي كونه محلاً للطلاق م: (**فلا بد منهما**) ش: أي فلا بد لوقوع الطلاق من الأهلية والمحلية ، لأن الطلاق معلق لوجود الموت ، فصار الموت شرطاً كما لو قال أنت طالق مع دخولك الدار والجزاء يعقب الشرط ، فكان هذا إيقاعاً له بعد الموت ولا ملك بعد الموت ، ولأن النكاح

وإذا ملك الزوج امرأته أو شقصًا منها أو ملكت المرأة زوجها أو شقصًا منه وقعت الفرقة للمنافاة بين الملكين ، أما ملكها إياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية ، وأما ملكه إياها فلأن ملك النكاح ضروري، ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي النكاح ، ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء؛ لأن الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا

موقت بحياتهما ، فموت أحدهما ينتهي لوجود غايته ، والحكم لا يبقى بعد الغاية . وفي «الجامع» قال : والله لا أقربك حتى تموتي أو أموت صار مولياً ، فكأنه قال : والله لا أقربك ما دام النكاح بيننا .

م: (**وإذا ملك الزوج امرأته**) ش: أي إذا ملك الرجل امرأته بشراء أو إرث أو بهبة أو صدقة م: (**أو شقصاً منها**) ش: أي أو ملك الرجل شقصاً من امرأته ، والشقص بالكسر السهم، قال ابن دريد : م: (**أو ملكت المرأة زوجها**) ش: يعني بشراء أو نحوه كما ذكرنا م: (**أو شقصاً منه**) ش: أي وملكت المرأة شقصاً من الزوج م: (**وقعت الفرقة**) ش: جواب إذا ، يعني يرتفع النكاح من بينهما بالفسخ وهذا قول الجمهور ، وبه قالت الأئمة الثلاثة والظاهرية . وفي «التمهيد »عن عبد الله بن عتبة والشعبي والنخعي أنها لو ملكت زوجها فأعتقته حين ملكته كأنما على نكاحهما لو ملكها الزوج ووطئها بملك اليمين بعده ، ولو ملك بعضها ينفسخ النكاح ،ولا يطأها .

وقال قتادة : لم يردد منها الأقرباء ويطؤها بنكاحه وهو شذوذ م: (**للمنافاة بين الملكين**) ش: وهما ملك النكاح والملك بالشراء ونحوه .

م: (**أما ملكها إياه**) ش: أي أما ملك المرأة زوجها م: (**فللاجتماع بين المالكية والمملوكية**) ش: وهو مستحيل . لأن ملك النكاح الرقبة يقتضي أن يكون خادماً ، وملك النكاح يقتضي أن يكون مخدوماً ، فاستحال اجتماعهما .

م: (**وأما ملكه إياها**) ش: أي وأما ملك الرجل امرأته م: (**فلأن ملك النكاح ضروري**) ش: بيانه أن إثبات الملك على الحر على خلاف القياس ، وإنما يثبت ضرورة الحل لبقاء النسل م: (**ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين**) .

لأنه لما طرأ عليه ملك اليمين وهو الحل القوي م: (**فينتفي**) ش: الحل الضعيف ، وفي تملك الشقص وإن كان لا يثبت الحل ولكن يثبت الملك ، فقام مقام الحل ، لأنه دليل عليه ، بخلاف المكاتب إذا اشترى منكوحة حيث لا يبطل النكاح ، لأن الثابت في كسبه حق الملك ، وحق الملك لا يمنع حق النكاح .

م: (**ولو اشتراها**) ش: أي ولو اشترى الزوج امرأته الأمة م: (**ثم طلقها لم يقع شيء ، لأن الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له**) ش: أي للنكاح م: (**مع المنافي**) ش: وهو ملك اليمين م: (لا

من وجه ولا من كل وجه وكذا إذا ملكته أو شقصًا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة . وعن محمد -رحمه الله- أنه يقع لأن العدة واجبة بخلاف الفصل الأول ، لأنه لا عدة هنالك حتى حل وطؤها له وإن قال لها وهي أمة لغيره أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك فأعتقها مولاها ملك الزوج الرجعة ؛ لأنه علق التطليق بالإعتاق أو العتق ، لأن اللفظ ينتظمهما ،

من وجه) ش: العدة ، لأنها أثر من آثاره ، فلا يحنث مع وجود المنافي ، وإلا لكان ملك النكاح باقياً من وجه (ولا من كل وجه) متعلقاً بقوله ولا بقاء . وقال الأكمل: وقيل لا من وجه يعني إذا ملك الشقص لا من كل وجه ، يعني إذا ملك اليمين الجمع ، وعلى هذا يتعلق بقوله مع المنافي ، انتهى .

قلت : هذا القول الذي أشار إليه الأكمل بقوله وقيل هو قول الأترازي ، هكذا فسره في شرحه ، م: (**وكذا إذا ملكته**) ش: أي وكذا لا يقع الطلاق إذا ملكت المرأة الحرة زوجها وهو عبد بميراث أو غيره م: (**أو شقصًا منه**) ش: أي أو ملكت شقصاً من زوجها م: (**لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة**) ش: بين المالكية والمملوكية .

م: (**وعن محمد أنه يقع**) ش: أي الطلاق في الصورة الثانية لوجوب العدة عليها ، والطلاق يعتمد ملك النكاح أو قيام العدة ، ولهذا تجب العدة ، ولهذا لا يحل له وطؤها م: (**لأن العدة واجبة بخلاف الفصل الأول**) ش: وهو ما إذا ملك الزوج امرأته م: (**لأنه لا عدة هنالك ، حتي حل وطؤها له**) ش: أي لا عدة قي حق مولاها الذي يملكها .

وفي «الكافي» فإن قيل أليس أنه لا يجوز له التزويج ، وهذا دليل على الوجوب . قلنا : قد قالوا لا عدة عليها بدليل أنه لو زوجها من آخر جاز ، والصحيح أنه لا يجوز تزويجها من آخر فعلم أنه لا تجب العدة عليها في حق من استبرأها ، وفي حق غيره روايتان ، وهذا لأن العدة إنما تجب لاستبراء الرحم من الماء ، ويستحيل استبراء رحمها من ماء نفسه مع بقاء السبب الموجب لحل الوطىء . م: (**وأن قال لها**) ش: أي ولو قال رجل لامرأته م: (**وهي أمة لغيره**) ش: أي والحال أنها أمة لغيره .

م: (**أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك**) ش: أي إعتاق مولاك إياك فاستعير الحكم لعلة ، لأن العتق حكم الأعتاق ، والدليل عليه أنه قال بعده علق التطليق بالإعتاق أو بالعتق ، لأن الإعتاق يضاف حقيقة إلى المولى لا العتق م: (**فأعتقها**) ش: يعني م: (**مولاها ملك الزوج الرجعة ، لأنه علق التطليق بالإعتاق أو العتق**) ش: أي بالعتق الحاصل بإعتاق المولى م: (**لأن اللفظ**) ش: وهو قوله مع عتق مولاك م: (**ينتظمهما**) ش: أي ينتظم الإعتاق والعتق على طريق البدل لا الشمول ، لا ضيق المسافة لاستحالة الحقيقة والمجاز مرادين ، ولهذا يندفع قول الأترازي . ولنا في قوله : لأن اللفظ ينتظمهما نظر ، لأنه حينئذ يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز .

والشرط ما يكون معدومًا على خطر الوجود وللحكم تعلق به، والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطليق لأن في التعليقات يصير التصرف تطليقًا عند الشرط عندنا ، وإذا كان التطليق معلقًا بالإعتاق ، أو لعتق يوجد بعده ، ، ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متأخراً عن العتق، فيصادفها وهي حرة فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين

م: (**والشرط ما يكون معدومًا على خطر الوجود**) ش: أي وقد علم أن الشرط ما يكون معدوماً، ويكون على خطر الوجود والعتق والإعتاق بهذه المثابة شرط على خطر الوجود م: (**وللحكم تعلق به**) ش: أي وقد علم أيضاً أن للحكم تعلقاً بالشرط ؛ لأنه موقوف على وجود الشرط م: (**والمذكور**) ش: أي العتق م: (**بهذه الصفة**) ش: يعني معدوم على خطر الوجود وللحكم تعلق به ، فيكون شرطاً لأنه جعل التطليق متصلاً بالعتق ، وذلك التعلق إما أن يكون تعلق العلة بالمعلول أو الشرط بالمشروط ، والإعتاق والعتق لا يكون علة لتطليق الزوج ، وكذا تطليق الزوج لا يكون علة لإعتاق المولى والعتق الحاصل به والطلاق تعلق به ، وهو معنى قوله م: (**والمعلق به**) ش: أي العتق م: (**التطليق**) ش: لا الطلاق عندنا لما تقرر في الأصول أن أثر التطليق في منع السبب لا في منع الحكم .

م: (**لأن في التعليقات يصير التصرف معلقاً عند الشرط عندنا**) ش: بناء على أن الشرط عندنا غلبة العلة إلى زمان وجوده كما عرف في الأصول . وقال تاج الشريعة : قوله - لأن في التعليقات . . . إلى آخره - يعني أن المعلق بالشرط عندنا لا ينعقد سبباً ، والشرط يمنع الانعقاد ، وعند الشافعي يؤخر الحكم .

م: (**وإذا كان التطليق معلقاً بالإعتاق أو العتق يوجد بعده**) ش: أي يوجد التطليق بعد الإعتاق أو العتق ، لأن المشروط مع الشرط يتعاقبان م: (**ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متأخراً عن العتق**) ش: بالضرورة م: (**فيصادفها**) ش: أي يصادف الطلاق المرأة م: (**وهي حرة**) ش: أي والحال أنها حرة عند المصادفة م: (**فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين**) ش: أي التطليقتين . وعند الشافعي العتق والطلاق وقعاً معا فلم يكن رجعيا في أظهر قوليه بعد وقوع الطلاق لكن عنده صورة المسألة فيما إذا قال العبد لامرأته أنت طالق مع عتق مولاي إياي ؛ لأن عنده اعتبار الطلاق بالرجال . وبه قال مالك وأحمد . وفي قول عنه يحرم حرمة غليظة ؛ لأن العتق لو تقدم وقوع الطلاق ، فصار كما لو طلقها اثنتين ثم عتق . وفي «الكافي» وذكر في «الهداية» لأنه علق التطليق بالعتق إلى آخره ، وهو مشكل، لأنه أريد به الإعتاق ها هنا ، فاستعير الحكم عن علته ، ألا ترى إلى قوله : إياك - ولا تستعمل ذلك إلا في الفعل المتعدي ، قيل في جوابه ليس بمشكل ، لأنه لما علق التطليق بالإعتاق يلزم منه تعليقه بالعتق الحاصل من الإعتاق وقد بينا أن كل واحد يصلح شرطاً إذ كل منهما على خطر الوجود ، ويكون قوله مع عتق مولاك إياك مع العتق الحاصل من إعتاق مولاك إياك ، فلهذا أول المصنف قوله علق العتق بالإعتاق أو العتق .

يبقى شيء ، وهو أن كلمة «مع» للقران ، قلنا قد تذكر للتأخر كما في قوله تعالى: ﴿ فإن مع العسر يسرًا إن مع العسر يسرًا ﴾ الشرح الآية : ٦ فحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط. ولو قال: إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين ، وقال المولى: إذا جاء غد فأنت حرة ، فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجًا غيره

فإن قلت : كيف سمى المصنف إضافة الطلاق إلى زمان الإعتباق تعليقاً ، والمعلق غير مضاف. قلت : أجيب : بأنه سماها تعليقاً مجازاً لا حقيقة ، لأن التعليق توقيف الأمر على أمر بحرف الشرط ، فلما وجد توقف الطلاق على العتاق سماه تعليقاً ، وإن لم يذكر لحوق الشرط فصار كأنه قال أنت طالق إن أعتق مولاك .

م: (**يبقى شيء**) ش: أي إشكالاً م: (**وهو أن كلمة«مع» للقران**) ش: عند أرباب اللسان، حاصل هذا أنه اعتذار عما ورد على كلامه ، حيث قال يكون الطلاق متأخراً عن العتق فورد عليه بأن قال لا نسلم أنه متأخر عنه ، لأن كلمة مع للقران والصحبة ، فقال : سلمنا ذلك لكن م: (**قلنا: قد تذكر**) ش: أي لفظ مع م: (**للتأخر**) ش: مجازاً ،م: (**كما في قوله تعالى: ﴿ فإن مع العسر يسرًا إن مع العسر يسرًا ﴾**) ش: (الشرح : ٥ ، ٦) ، لأنه لا يمكن المعية بين العسر واليسر للتضاد بينهما ، فيحمل على التأخير ، وتحقيقه أن كلمة مع قد تذكر للاقتران في زمان الوجود ، وقد تذكر للاقتران في أصل الوجود كما في قوله تعالى : ﴿ **وأسلمت مع سليمان** ﴾ (النمل : ٤٤)، وكما في قوله تعالى : ﴿ **إن مع العسر يسرًا** ﴾ (الشرح : ٦)، فلو كان المراد هو الأول يحرم حرمة غليظة ، ولو كان المراد هو الثاني لا يحرم، والحرمة الغليظة لم تكن ثابتة فلا يثبت بالشك والاحتمال .

فإن قيل : ينقض هذا بما ذكر في «الجامع» بقوله لامرأته أنت طالق مع نكاحك ، حيث لم يصح ولم يصر معنى الشرط ، فينبغي أن يكون كذلك ، كما في قوله مع عتق مولاك- إلى آخره- بأن العدول عن حقيقة معنى القران باعتبار أنه ملك للتطليق تخييراً تعليقاً ، فكان من ضرورة كلامه أن يحمل على معنى الشرط ، أما ها هنا لم يملك الطلاق ، والطلاق مع النكاح متنافيان ، فلا يلزم العدول عن معنى القران ، فيلغو ضرورة .

وقال الكاكي: وهذا الجواب لم يتضح لي لأنه تمليك بتعليق الطلاق بالنكاح ، فيمكن تصحيح كلامه على اعتبار معنى الشرط فينبغي أن يحمل عليه .

م: (**فيحمل عليه**) ش: أي إذا كان الأمر كذلك فيحمل لفظ مع على التأخر ، كما في الآية الكريمة م: (**بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط**) ش: لضرورة تصحيح الكلام .

م: (**ولو قال : إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين**) ش: أي ولو قال الرجل لامرأته الأمة إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين م: (**وقال المولى: إذا جاء غد فأنت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره**)

وعدتها ثلاث حيض، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- وقال محمد-رحمه الله-: زوجها يملك الرجعة عليها ؛ لأن الزوج قرن الإيقاع بإعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى العتق ، وإنما ينعقد المعلق سببًا عند الشرط والعتق يقارن الإعتاق لأنه علته أصله علته، أصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارنًا ، للعتق ضرورة

ش: لأنها حرمت عليه حرمة غليظة م: (**وعدتها ثلاث حيض**) ش: أي عدة الحرائر .

وهذه المسألة لا خلاف فيها على رواية أبي سليمان الجرجاني ، وفيها الخلاف على رواية أبي حفص الكبير ، أشار إليه بقوله م: (**وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد زوجها يملك الرجعة**) ش: يعني لا تحرم حرمة غليظة . وللشافعي قولان ، لكن صورة المسألة عنده في العبد كما ذكرنا م: (**لأن الزوج قرن الإيقاع**) ش: أي إيقاع الطلاق م: (**بإعتاق المولى، حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى**) ش: ، وذلك أن الزوج أضاف الطلاق إلى زمان أضاف إليه المولى الإعتاق وهو مجيء الغد .

م: (**وإنما ينعقد المعلق سبباً عند الشرط**) ش: يعني المعلق إنما يكون سبباً للإيقاع عند وجود الشرط ، فكأنا مقترنين في السببية فحكمه أيضاً كذلك م: (**والعتق يقارن الإعتاق لأنه**) ش: أي لأن الإعتاق م: (**علته**) ش: أي علة العتق ، والعلة مع المعلول يقترنان عند الجمهور . وعند البعض يتعاقبان في العلة الشرعية ، والتصرفات الشرعية بمنزلة الجواهر م: (**أصله الاستطاعة مع الفعل**) ش: يعني الاستطاعة التي يحصل بها الفعل لا تسبق الفعل ، لأن الفعل معلول لها ، فيقترنان في الحكم ، لأنها لو سبقت لا يخلو إما أن تبقى إلى زمان وجود الفعل أولاً ، فيلزم في الأول قيام العرض بالعرض ، وفي الثاني يلزم حصول الفعل بلا قدرة ، وهو محال ، فكذا الإعتاق لا يستبق العتق ، لأن العتق معلوله .

م: (**فيكون التطليق مقارناً للعتق ضرورة**) ش: لأن الإعتاق أيضاً مقارن بمجيء الغد ، لأن المقارن لمقارن الشيء مقارن لذلك الشيء لا محالة ، فالطلاق بعد العتق فاسد ، لأن الطلاق حكم التطليق لا يتأخر عنه ، والتطليق يقارن الإعتاق ، والإعتاق يقارن العتق، والطلاق يقارن العتق، كان المقارن للمقارن للشيء مقارن لذلك الشيء ، فكيف يقع بعده ، انتهى .

وقال الكاكي : لا يتضح قول محمد إلا أن يوصف حكم العلة بتأخر عن العلة كما هو مذهب البعض كما وصفه شمس الأئمة في مسألة أنت طالق مع عتق مولاك إياك . . . إلى آخره .

وقال تاج الشريعة : اختلف المشايخ في جواد تأخير المعلولات عن العلل الشرعية ، بعضهم قالوا لا يجوز ذلك ، وبعضهم جوزه ، لأن العلل الشرعية بمنزلة الجواهر على ما عرف ، فمحمد أخذ في الطلاق بجواز التأخر ، وفي العتق بالمقارنة .

فتطلق بعد العتق . فصار كالمسألة الأولى ، ولهذا تقدر عدتها بثلاث حيض. ولهما أنه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ، ثم العتق يصادفها وهي أمة ، وكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الأمة حرمة غليظة ، بخلاف المسألة الأولى ، لأنه علق التطليق بإعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه ، بخلاف العدة لأنه

ووجه ذلك أن الطلاق مختص ببطيء الثبوت لتحققه مع المنافي ، والإعتاق مختص بسرعة الثبوت ، لكنه على وفاق الدليل فيقدم على الطلاق فيصادفها الطلاق وهي حرة ، فيملك الرجعة ، ولهذا يتأخر الملك في البيع الفاسد عن البيع إلى زمان القبض ، بخلاف البيع الصحيح لما ذكرنا أن أحدهما على وفق الدليل ، والآخر على خلافه ، انتهى .

وعلل ركن الإسلام القاضي أبو الحسن السعدي -رحمه الله تعالى- . لمحمد -رحمه الله- أن العتق وإن كان يقارن الإعتاق ، لكن العتق لا يزول ما لم يزل الرق مع العتق ، لا يجتمعان في محل واحد ، فيكون نزول العتق بعد زوال الرق فكان الطلاق بعد الحرية .

وقيل في الجواب أنه يجوز أن يكون مراده بقوله بعد العتق أي معه كما أن مراده بقوله عتق مولاك إياك ، أي بعد عتق مولاك إياك ، وقيل المعلق بالشرط كالمرسل عنده فيكون قول المولى عند الشرط عند حرة ، وقال الزوج طالق مقترنين في زمان واحد ويتأخر ثنتين عن الحرية ضرورة فيقعان عليها ، وهي حرة .

م: (**فصار كالمسألة الأولى**) ش: وهي قوله أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك م: (**ولهذا تقدر عدتها بثلاث حيض**) ش: هذا إيضاح لقوله م: (**لتطلق بعد العتق**) ش: ، بيانه أن الطلاق صادف الحرية ، ولهذا تعتد بثلاث حيض ، فلو صادف الأمة لزمها الاعتداد بالحيضتين ، هكذا شرحه الأترازي ، ثم قال : وعلى هذا الاستدلال الذي أورده صاحب «الهداية» نظر ، لأن الاعتداد بثلاث حيض باعتبارأنها حرة زمان وجوب العدة كما في المسألة الأولى ، بأعتبار أن الطلاق صادف الحرية ، انتهى .

قلت : هذا الاستدلال هو الذي ذكره ثم نسبه لصاحب «الهداية» ثم نظر فيه ، ولم يذكره صاحب «الهداية» هنا على ما لا يخفى .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف م: (**أنه**) ش: أي الزوج م: (**علق الطلاق بما علق به المولى العتق**) ش: وهو مجيء الغد م: (**ثم العتق يصادفها وهي أمة**) ش: أي والحال أنها أمة م: (**وكذا الطلاق**) ش: مصادفها وهي أمة م: (**والطلقتان تحرمان الأمة حرمة غليظة**) ش: فلا يملك الرجعة م: (**بخلاف المسألة الأولى ، لأنه علق التطليق بإعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه**) ش: أي في المسألة الأولى ، وهو أن الشرط مقدم على المشروط م: (**بخلاف العدة لأنه**) ش:

يؤخذ فيها بالاحتياط ، وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ، ولا وجه إلى ما قال ، لأن العتق لو كان يقارن الإعتاق لأنه علته ، فالطلاق يقارن التطليق لأنه علته فيقترنان .

أي لأن الشأن م: (**يؤخذ فيها بالاحتياط**) ش: صيانة لأمر الدين م: (**وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط**) .

م: (**ولا وجه إلى ما قال**) ش: أي محمد م: (**لأن العتق لو كان يقارن الإعتاق لأنه علته**) ش: أي لأن الإعتاق علة العتق م: (**فالطلاق يقارن التطليق ، لأنه علته**) ش: أي لأن التطليق علة الطلاق م: (**فيقترنان**) ش: أي الإعتاق والتطليق ، يعني كما أن الإعتاق يصادفها ، وهي أمة فكذلك التطليق .

* * *

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

ومن قال لامرأته أنت طالق ، هكذا يشير بالإبهام والسبابة والوسطى ، فهي ثلاث لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة إذا اقترنت

م: **(فصل في تشبيه الطلاق ووصفه)**

ش:أي هذا فصل في بيان تشبيه الطلاق . ولما ذكر أصل الطلاق شرع يذكر وصفه وتنويعه في فصل على حدة ، لكونه تابعاً .

م: **(ومن قال لامرأته أنت طالق ، هكذا يشير)** ش: أي حال كونه يشير م: **(بالإبهام والسبابة والوسطى ، فهي ثلاث)** ش: أي ثلاث تطليقات ، وقد طعن بعض الجهال على محمد في قوله : والسبابة لأنه ذكر هذه المسألة في «الجامع الصغير» هكذا ، وقال أنه اسم جاهل في الاسم الشرعي المسبحة ، وورد عليه بأن السبابة وردت أيضاً في الشرع ، وقد روى الطحاوي من حديث موسى ابن أبي عامر عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « **أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال كيف الطهور ؟ فدعى رسول الله ﷺ بماء فتوضأ فأدخل إصبعيه أذنيه فمسح بإبهاميه ظاهر أذنيه وبالسبابتين باطن أذنيه** . انتهى. على أن في النسخ السباحة ، فكأن السبابة والسباحة أيضاً وردت بالحديث .

وقد روى النسائي وابن ماجة من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « **أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال : يا رسول الله كيف الطهور ؟ فدعى بماء في إناء فغسل كفيه ثلاثاً ثم غسل وجهه ثلاثاً ، ثم غسل ذراعيه ثلاثاً ، ثم مسح برأسه وأدخل اصبعيه السباحتين في أذنيه ومسح بإبهاميه ظاهر أذنيه ، بالسباحتين باطن أذنيه ،ثم غسل رجليه ثلاثاً ، ثم قال هكذا الوضوء ، فمن زاد على هذا أو نقص، فقد أساء أو ظلم وأساء** » (١) .

وقال الأترازي : المعتبر في اللغات استعمال م: **(العرب العرباء لاستعمال)** ش:أهل الحضر والمولدين ، فاستعمال السبابة أولى لكونها لغة العرب الفصيح ، وعدم النهي عن التكلم بها . انتهى .

قلت : لا فائدة في هذا الذي قاله أصلاً ، لأن كل واحدة من السباحة والسبابة استعملت في الشرع كما ذكرنا ، وأيضاً دعواه الأولوية في السبابة غير موجهة على ما لا يخفى .

م: **(لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة إذا اقترنت)** ش: أي الإشارة

---

(١) الحديث الذي عند ابن ماجه والنسائي عن موسى بن أبي عائشة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . وليس موسى بن أبي عامر لأنه لا يوجد رجل اسمه موسى بن أبي عامر أخرج له أحدهم والذي في «التقريب» موسى ابن عامر وأظنه تصحف . والحديث عند ابن ماجه والنسائي هكذا جاء أعرابي إلى النبي ﷺ فسأله عن الوضوء فأراه ثلاثًا ، ثم قال : هذا الوضوء فمن زاد على هذا فقد أساء أو تعدى أو ظلم » .

بالعدد المبهم ، قال - ﷺ - :«الشهر هكذا وهكذا وهكذا » الحديث . وإن أشار بواحدة فهي واحدة ،وإن أشار بثنتين فهي ثنتان لما قلنا ، والإشارة تقع بالمنشورة منها ، وقيل إذا أشار بظهورها فبالمضمونة منها ، وإذا كان تقع الإشارة بالمنشورة منها فلو

م: (**بالعدد المبهم**) ش: وهو أن يقول هكذا .

وقال العتابي في شرحه قوله يشير بالإبهام والسبابة والوسطى يريد به الإشارة بالأصابع التي اعتاد الناس الأشارة بها وبين الأصابع الأخر .

وقال تاج الشريعة : يعني يشير بالثلاثة بمرة واحدة ، وفي «المغني» قالت أنت طالق وأشار بأصابعه الثلاثة يقع واحدة وإن قال هكذا ، وأشار بها وقع الثلاث .

م: (**قال ﷺ**) ش: أي قال النبي ﷺ « **الشهر هكذا وهكذا وهكذا** » الحديث روي عن ابن عمر وعن سعد بن أبي وقاص ،وعن عائشة -رضي الله تعالى عنهم- . وحديث ابن عمر رواه البخاري ومسلم في الصوم ، قال : قال النبي ﷺ: « **الشهر هكذا وهكذا وهكذا وحبس الإبهام في الثالثة** » . وحديث سعد أخرجه مسلم عن محمد بن سعد بن أبي وقاص عن أبيه قال : « ضرب رسول الله ﷺ بيده على **الأخرى ، وقال الشهر هكذا وهكذا وهكذا ، وأمسك في الثالثة إصبعاً** » . وحديث عائشة رواه الحاكم في «المستدرك» عنها أن النبي ﷺ «**أقسم أنه لا يدخل عليها شهراً فغاب عنها تسعة وعشرين يوماً، ثم دخل عليها في الثلاثين ، فقلت له إنك حلفت أن لا تدخل علينا شهراً فقال:** « **الشهر هكذا وهكذا وهكذا** » **وأمسك في الثالثة الإبهام** »، وقال : صحيح على شرط البخاري .

قوله : وحبس ، أي وقبض والاحتباس : الانقباض ، وفي «المبسوط» قوله وحبس في المرة الثالثة إبهامه ، بيان منه أن الشهر تسعة وعشرين يوماً ولا خلاف في هذه المسألة ، والإشارة تقع بالمنشورة منها لا بالمضمونة لاعتبار العرف والعادة، ألا ترى أنه - عليه السلام -حبس إبهامه في المرة الثالثة ، وفهم منه تسعة وعشرون يوماً ، ولو اعتبر المقبوض لكان المفهوم أحد وعشرين يوماً .

م: (**وإن أشار بواحدة**) ش: يعني وإن أشار بأن واحدة وقال أنت طالق م: (**فهي واحدة**) ش: أي فهي تطليقة واحدة .

م: (**وإن أشار بثنتين**) ش: أي بإصبعين وقال أنت طالق هكذا م: (**فهي ثنتان**) ش: أي تطليقة ثنتان يعني يقع تطليقتان م: (**لما قلنا**) ش: يريد به قوله لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة إذا اقترنت بالعدد المبهم م: (**والإشارة تقع بالمنشورة**) ش: أي الأصابع المنشورة م: (**منها**) ش: أي من أصابع اليد ولا تقع بالمضمومة باعتبار العرف والعادة .

م: (**وقيل إذا أشار بظهورها**) ش: أي بظهور الأصابع إلى المرات م: (**فبالمضمومة منها**) ش: أي فيقع الطلاق حينئذ بالمضمومة من الأصابع لا بالمنشورة . م: (**وإذا كان تقع الإشارة بالمنشورة فلو**

نوى الإشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء ، وكذا إذا نوى الإشارة بالكف حتى تقع في الأولى ثنتان ديانة ، وفي الثانية واحدة ،لأنه يحتمله لكنه خلاف الظاهر و لو لم يقل هكذا يقع واحدة لأنه لم يقترن بالعدد المبهم فبقي الاعتبار بقوله : أنت طالق ، وإذا وصف الطلاق بضرب من الشدة والزياة كان بائنًا مثل أن يقول: أنت طالق بائن أو البتة .

نوى الإشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء) ش: وبه قال الشافعي لأنه كما وجدت الإشارة بالمنشورة وجدت بالمعقودة ، إلا أنه خلاف الظاهر ، لأن الإشارة المعهودة فيما بين الناس في بيان العدد المبهم بالأصابع المنشورة لا بالمحبوسة ولا بالكف، فإذا ادعى خلافه فلا يصدق في القضاء ، كذا في «مبسوط شيخ الأسلام » .

م: (**وكذا إذا نوى الإشارة بالكف**) ش: وصورة الإشارة بالكف أن تكون جميع الأصابع منشورة ، يعني أشار إليها بالأصابع المنشورة وبطونها إلى المرات وقال أنت طالق هكذا، ثم قال عنيت بها الإشارة بالكف لا بالأصابع . يصدق ديانة لا قضاء م: (**حتى تقع في الأولى**) ش: أي في المضمومتين م: (**ثنتان**) ش: أي طلقتان ديانة لا قضاء م: (**ولي الثانية**) ش: أي الأشارة بالكف م: (**واحدة**) ش: يعني يصدق ديانة حتى تقع واحدة لا قضاء حتى ثلاثاً في القضاء ، لأنه أشار إليها بأصابعه الثلاث المنشورة . وفي «المبسوط» وبعض المتأخرين قالوا: لو جعل ظهر الكف إلى نفسه وبطون الأصابع إليها لا يصدق في القضاء ،كذا في«مبسوط شيخ الإسلام » . وكذا إذا نوى الإشارة بالكف وصورة الأشارة بالكف أن يكون جميع الأصابع منشورة ، يعني أشار إليها بالأصابع المنشورة وبطونها إلى المرأة وقال أنت طالق هكذا ، ثم قال عنيت بها الإشارة بالكف لا بالأصابع يصدق ديانة لا قضاء حتى يقع في الأولى، أي في المضمومتين ، وذكر الإمام التمرتاشي قيل لو كان باطن كفه إلى السماء فالعبرة للنشر ، وإن كان ضماً عن نشر فالعبرة للضم وقيل : إن كان نشراً عن ضم فالعبرة للنشر ، وإن كان ضمًا عن نشر فالعببرة للضم للعادة .

م: (**لأنه يحتمله**) ش: أي لأن قوله نويت الإشارة بالكف يحتمل ما نوى م: (**لكنه خلاف الظاهر**) ش: فلا يصدق قضاء م: (**ولو لم يقل هكذا**) ش: يعني إذا أشار إليها بالأصابع المنشورة ، وقال أنت طالق لكنه لم يقل لفظ هكذا م: (**يقع واحدة**) ش: أي طلقة واحدة م: (**لأنه**) ش: أي لأن قوله عند الإشارة بدون لفظ هكذا م: (**لم يقترن بالعدد المبهم**) ش: فاعتبر وجود الإشارة كعدمها م: (**فبقي الاعتبار بقوله أنت طالق**) ش: فلا يقع به إلا واحدة ، وإن نوى الثلاث عندنا وبه قال الشافعي عند عدم النية .

م: (**وإذا وصف الطلاق بضرب**) ش: أي بنوع م: (**من الشدة والزيادة كان**) ش: أي الطلاق م: (**بائناً مثل أن يقول أنت طالق بائن أو البتة**) ش: أي وأنت طالق البتة أي القطع .

وقال الشافعي -رحمه الله- : يقع رجعيًا إذا كان بعد الدخول لأن الطلاق شرع معقبًا للرجعة ، فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو ، كما إذا قال: أنت طالق على أن لا رجعة لي عليك ولنا أنه وصفه بما يحتمله لفظه ، ألا ترى أن البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به، فيكون هذا الوصف لتعيين أحد المحتملين .

م: (**وقال الشافعي رحمه الله تعالى: يقع رجعياً**) ش: أي طلاقاً رجعياً م: (**إذا كان بعد الدخول**) ش: وبه قال مالك وأحمد م: (**لأن الطلاق شرع معقباً للرجعة ، وكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو**) ش: أي وصفه بالبينونة م: (**كما إذا قال أنت طالق على أن لا رجعة لي عليك، ب ولنا أنه**) ش:أي أن الزوج م: (**وصفه**) ش: أي وصف الطلاق م: (**بما يحتمله**) ش: وهو البينونة ، ولهذا ثبتت البينونة به قبل الدخول ، وبعد انقضاء العدة بالطلاق .

فإن قيل ينتقض بما إذا قال أنت طالق ونوى البينونة إلى الثلاث حيث لا يصح بالإجماع ، فينبغي أن يصح لأنه محتمل كلامه ، قلنا : النية تصح للملفوظ والبينونة ما صارت ملفوظة بقوله أنت طالق ، بخلاف قوله أنت طالق بائن ، فإن البينونة ملفوظة .

وقال الكاكي : في هذا الجواب نوع ضعف ، لأنه ذكر في «المبسوط» قوله أنت طالق يحتمل المبين وغير المبين ، فكان قوله بائناً تعيين أحد محتمليه ، إلا أن يقول لا يحتمله بطريق الحقيقة لكنه يحتمله بطريق المجاز فلا بد للمجاز من نيته ، ولهذا لا يندفع السؤال .

فإن قيل : بائن صفة المرأة لا صفة الطلاق ، فكيف واصفاً للطلاق بالبينونة ، كذا قيل وقال الكاكي وفيه نوع تأمل ، انتهى .

قلت : قوله بائن صفة لطلاق ، أو خبر بعد خبر ، وليس صفة الطلاق وإنما يكون صفة الطلاق لو قال أنت طالق بائناً .

م: (**ألا ترى أن البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به**) ش: أي بقوله أنت طالق م: (**فيكون هذا الوصف**) ش: أي وصف المرأة بقوله - أنت طالق بائن - م: (**لتعيين أحد المحتملين**) ش: وهو البينونة . وقال الأترازي: هو بفتح الميم ، وأراد بهما الرجعي البائن وفيه نظر لأن الرجعي ليس يحتمل الطلاق بل هو البائن . وقال الأكمل ملخصاً من كلام السغناقي ، واعترض بأنه لو قال مختلاً لما جاز نيته فيقع بقوله أنت طالق واحدة بائنة، إذا نوى وليس كذلك ، وأجيب : بأن النية إنما تعمل إذا لم تكن مغيرة للمشروع ونية البائن من قوله أنت طالق مغيرة ، لأن الطلاق شرع معقبًا للرجعة . ورد بأنه تسليم لدليل الخصم ومخرج إلى الفرق بين عدم جواز كون النية مغيرة ، وجواز كون الوصف مغيراً للمشروع .

وأجيب : بأن الفرق بينهما أن الوصف الملفوظ أقوى في اعتبار الشرع من النية ، بدليل أنه لو قال أنت طالق ، ولم يتقدم له تطليق ،اعتبر الشارع ذلك طلاقًا ، ولو نوى طلاقًا ولم يتلفظ بلفظ

ومسألة الرجعة ممنوعة فتقع واحدة بائنة إذا لم تكن له نية أو نوى الثنتين ، أما إذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من قبل ، ولو عنى بقوله: أنت طالق واحدة ، وبقوله :بائن أو البتة أخرى تقع تطليقتان بائنتان،

لم يعتبره طلاقًا لئلا يتغير المشروع ، وهو شرعية الوقوع بألفاظ الطلاق .

م: (**ومسألة الرجعة ممنوعة**) ش: هذا جواب عن قول الشافعي كما إذا قال : أنت طالق على أن لا رجعة لي عليك ، يعني لا نسلم أنه لا يقع بائنًا بل يقع واحدة بائنة ، وهو معنى قوله م: (**فتقع واحدة بائنة إذا لم تكن له نية أو نوى الثنتين**) ش: أي الطلقتين م: (**أما إذا نوى الثلاث**) ش: أي الطلقات الثلاث م: (**فثلاث**) ش: أي يقع ثلاث طلقات م: (**لما مر من قبل**) ش: أي في باب إيقاع الثلاث بقوله ، ونحن نقول : نية الثلاث إنما صحت لكونها جنسًا آخر .

وقال الكاكي : مسألة الرجعة ممنوعة يعني تقع واحدة بائنة فيها ، ولئن سلم فالفرق أن قوله أن لا رجعة صرح بنفي الشروع وفي مسألتنا وصف البينونة ، وما نفى الرجعة صريحًا ، ولكن يلزم منها نفي الرجعة ضمنًا ، وكم من شيء يثبت ضمنًا ولا يثبت قصداً، كذا سمعته من شيخي العلامة .

وذكر الأكمل هذا برمته ، قال : كذا قال شيخي العلامة وشيخه هو قوام الدين الكاكي وشيخ قوام الدين هو عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري أي الإمام البحر في الفقه والأصول شارح البزدوي، وكان وضع كتابًا على «الهداية» بسؤال قوام الدين المذكور إياه حين اجتمع به بترمذ ، وتفقه عليه، ووصل إلى كتاب النكاح واخترمته المنية برد الله مضجعه .

م: (**ولو عنى بقوله : أنت طالق واحدة، وبقوله: بائن أو البتة أخرى**) ش: أي طلقة أخرى م: (**تقع تطليقتان بائنتان**) ش: وقياس قول الشافعي تطليقتان رجعيتان . وقال في « فتاوى» الولوالجي وقيل: الأول يقع رجعيًا . وقال الأترازي : أقول هذا أصح عندي ، لأن قوله : بائن في قوله : أنت طالق بائن ، وقع خبراً بعد خبر للمبتدأ ، كما في قولهم : زيد عالم عامل، أي جامع لهذين الوصفين ، فثبت لكل واحد منهما موجبه ، وموجب الطلاق ثبوت الرجعة ، وموجب البائن ثبوت البينونة ، ولا معنى لثبوت التطليقتين البائنتين، ولا يلزم من كون الثاني بائنًا كون الأول بائنًا ، انتهى .

قلت: هذا كله مبادر من غير تأمل، ولا يخلو عما هو قصر ، لأن قوله : خبر بعد خبر لا يصلح أن يكون مصححًا لكلامه بل هو يرد كلامه ، لأن معناه كأنه قال أنت طالق أنت بائن نعم، كان قوله أنت طالق يقتضي أن يكون رجعيًا ابتداء ، إلا أنه جعل بائنًا لعدم الإمكان ، لأن الثاني يكون بائنًا لا محالة عندنا فيكون الأول بائنًا أيضًا ضرورة ، إذ لا يتصور بقاء الأول رجعيًا إذا صار الثاني بائنًا .

لأن هذا الوصف يصلح لابتداء الإيقاع . وكذا إذا قال أنت طالق أفحش الطلاق؛لأنه إنما يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره ، وهو البينونة في الحال ، فصار كقوله: بائن .

وقال الأكمل : ومن الناس من ذهب إلى أن الأول يقع رجعيًا بأن أراد ما ذكرناه يعني قوله أن الأول يقع رجعيًا ابتداء ، فينقلب بائنًا لوقوع الثاني بائنًا لعدم تصور بقائه رجعيًا ، فهذا صحيح ظاهر ، وإن أراد بقاؤه رجعيًا فليس بصحيح .

م: (**لأن هذا الوصف يصلح لابتداء الإيقاع**) ش: أراد بالوصف لفظ بائن والبتة ، وأنه يصلح للإيقاع ابتداء ، بأن قال أنت بائن ، أو أنت طالق البتة ، ونوى به الطلاق يصح ويقع ، وكذا إذا نوى بلفظ البتة تطليقة أخرى .

وقال الأترازي: وقوع الثنتين في قوله أنت طالق البتة فيه نظرعندي ، لأن قوله : البتة ذكر منصوبًا ، وهو من حيث العربية لا يصح إذا جعل صفة لمصدر محذوف بأن يراد أنت طالق البتة ، والطلقة للمرة الواحدة ولا دلالة فيها على التكرار ، أما إذا لم ينوه فظاهر ، كذا إذا نواه ، لأن الطلقة مصدر وقع تأكيداً لما دل عليه قوله طالق ، فلا يثبت بها شيء آخر على سبيل الأصالة انتهى .

قلت : هذا أيضاً فيه ما فيه ، لأن المصدر المحذوف المؤكد بكسر الكاف لما قبله صفة فى نفس الأمر وصف بها لفظ طالق بلفظ الشدة ، فلا ينافي أن يكون له معنى زائداً يقع طلقة أخرى ، فافهم .

م: (**وكذا**) ش: أي وكذا تقع التطليقة البائنة ، وهذا معطوف على قوله أنت طالق بائن فى الأحكام الأربعة وهو قوله فتقع واحدة بائنة إذا لم تكن له نية أو نوى الثنتين .

ولو نوى الثلاث فثلاث ، ولو نوى بقوله أنت طالق واحدة ، وبقوله أفحش الطلاق أخرى تقع تطليقتان ، وكذا الجواب عن قوله أخبث الطلاق أو أشره أو أشده أو أكبره م: (**إذا قال: أنت طالق أفحش الطلاق ، لأنه إنما يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره**) ش: أي أثر الطلاق باعتبار ذاته م: (**وهو البينونة في الحال، فصار كقوله : بائن**) ش: إنما قلنا لا باعتبار ذاته، لأن ذاته لا توصف بهذه الأوصاف أعني الفحش ، والشر ، والشدة والخبث والعظمى والكبر ، لأن الطلاق ليس بمحسوس ، ولا هذى هيئته ، حتى يكون وصفًا لذاته ، وغير المحسوس يعرف بأثره ، فتكون هذه الأوصاف لأثره . ومن شدة أثره وفحشه وخبثه وكبره وعظمه أن يكون قاطعًا للنكاح في الحال ، فصار كأنه بلفظ البائن، لأن أفعل التفضيل لبيان أصل التعارف ، وذلك في الواحدة البائنة لأنها أشد حرمة حكمًا وأفحش من الرجعية ، وقد يذكر لبيان نهاية التعارف وذلك في الثلاث . فإن نوى الثلاث ، فقد نوى محتمل كلامه فصحت ، وإن لم تكن له نية يصرف إلى الأدنى ، لأنه المتيقن .

وكـذا إذا قال : أخـبـث الطلاق أو أسوأه ؛ لما ذكـرنا ، وكـذا إذا قال : طلاق الشـيطان ، أو طلاق البـدعــة ، لأن الرجـعي هو السنـة ، فـيكون طلاق البـدعــة وطلاق الشـيطان بـائنًا ، وعن أبي يوسف-رحمـه الله- في قوله أنت طالق لبدعـة أنه لا يكون بائنًا إلا بالنية ، لأن البدعـة قد تكون من حيث الإيقـاع في حالة حيض فـلا بد من النية . وعن محـمـد -رحمـه الله- أنه إذا قال :أنت طالق للبـدعة أو طلاق الـشيطان يكون رجـيعـاً؛ لأن هذا الوصف قـد يتحـقق بالطلاق في حـالة الحيض فلا تثبت البينونة بالشك.

فإن قيل أفحش أفعل التفضيل ، فيقتضي أن يكون هناك فاحشًا . قلت : هذا الوزن مشترك بين التفضيل وبين الإثبات ، لأن طالقًا لا يحتمل طالقان ، ولأن مجرد هذا متيقن ، هذا في «الفوائد الظهيرية» .

م: (**وكذا إذا قال: أخبث الطلاق**) ش: أي وكذا الجواب إذا قال أنت طالق أخبث الطلاق م: (**أو أسـوأه**) ش: أو قـال طالق أسـوأ الطلاق م: (**لما ذكـرنا**) ش: من قـوله لأنه إنما يوصف بهـذا الوصف باعتبار أثره ، وذكر ابن سماعة في نوادره أنه إذا قال أنت طالق أقبح الطلاق ، فإن نوى ثلاثًا فثلاث ، وإن نوى واحدة فهى واحدة رجعية ، عند أبي يوسف ، بائنة عند محمد .

وفي «الكافي» للحاكم الشهيد ، وإن قال أنت طالق أكثر الطلاق فهي ثلاث لا يدين إذا قال نويت واحدة ، وإن قال أنت طالق أكمل الطلاق وأشر الطلاق ، فهي واحدة رجعية ، وإن قال أنت طالق طول كذا وكذا أو عرض كذا وكذا فهي واحدة بائنة وإن قال أنت طالق خير الطلاق أو أعدله أو أحسنه أو أفضله فهي طالق للسنة في وقت السنة ، وإن نوى ثلاثًا فهي ثلاث للسنة .

وقال الطحاوي في «مختصره» : ولو قال لها أنت طالق تطليقة حسنة أو جميلة كانت طالقًا تطليقة يملك فيها الرجعة ، كانت حائضًا أو غير حائض ، ولم تكف هذه التطليقة للسنة ، ثم قال : وروى صاحب الإملاء عن أبي يوسف أنها طالق تطليقة للسنة كما إذا قال أنت طالق أحسن الطلاق .

م: (**وكذا إذا قال :طلاق الشـيطان أو طلاق البدعة**) ش: أي وكذا يقع البائن إذا قال أنت طالق طلاق الشيطان أو طلاق البدعة ، أي أو قال أنت طالق طلاق البدعة م: (**لأن الرجـعي هو السنة فيكون طلاق البدعة وطلاق الشيطان بائنًا ، وعن أبي يوسف في قوله أنت طالق للبدعة أنه لا يكون بائنًا إلا بالنية ، لأن البدعة قـد تكون من حيث الإيقاع في حالة الحيض، فلا بد من النية . وعن مـحمد -رحمه الله- أنه إذا قال أنت طالق للبدعة أو طلاق الشـيطان يكون رجعيًا ، لأن هذا الوصف**) ش: أي وصف البدعة والشيطان م: (**قد يتحـقق بالطلاق في حالة الحيض ، فلا تثبت البينونة بالشك**) ش: هذا الذي ذكره المصنف عن محمد هو رواية هشام عنه .

وكذا إذا قال :كالجبل لأن التشبيه به يوجب زيادة لا محالة وذلك بإثبات زيادة الوصف،وكذا إذا قال مثل الجبل لما قلنا . وقال أبو يوسف -رحمه الله- :يكون رجعيًا لأن الجبل شيء واحد فكان تشبيهًا به في توحيده. ولو قال: لها أنت طالق أشد الطلاق ، أو كألف ، أو ملء البيت ؛ فهي واحدة بائنة ، إلا أن ينوي ثلاثًا ؛ أما الأول :فلأنه وصفه بالشدة ، وهو البائن لأنه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض أما الرجعي فيحتمله ؛ وإنما تصبح نية الثلاث لذكره المصدر

م: (**وكذا إذا قال: كالجبل**) ش: أي وكذا يكون بائنًا إذا قال أنت طالق كالجبل وهذا قول أبي حنيفة ومحمد م: (**لأن التشبيه به**) ش: أي بالجبل م: (**يوجب زيادة**) ش: وهي البينونة ، لأنه لا يحتمل الزيادة من حيث العدد، لأنه ليس بذي عدد لكونه واحداً في الذات ، فيحمل على الزيادة التي ترجع إلى الوصف . م: (**وكذا إذا قال :مثل الجبل**) ش: أي وكذا يكون بائناً إذا قال أنت طالق مثل الجبل م: (**لما قلنا**) ش: يريد وسع المسافة به قوله أن التشبيه به يوجب زيادة لا محالة .

م: (**وقال أبو يوسف: يكون**) ش: أي الطلاق م: (**رجعيًا**) ش: وبه قال الشافعي وأحمد م: (**لأن الجبل شيء واحد فكان تشبيهًا في توحيده**) ش: أي توحيد الجبل وهو مزيد عن الوصف والعدد ، ويحتمل التشبيه في العظم فلا تقع البينونة بالشك . ولو قال أنت طالق كالصخرة أو كالفل فإنه رجعي وبائن عند محمد ، ذكره المرغيناني .

وفي «الذخيرة» لو قال أنت طالق مثل التراب أو الأساطير . تقع واحدة رجعية عندهما . وعند أبي حنيفة وزفر تقع واحدة بائنة .

م: (**ولو قال لها :أنت طالق أشد الطلاق ،أو كألف، أو ملء البيت ؛ فهي واحدة بائنة ، إلا أن ينوي ثلاثًا**) ش: هذه من مسائل «الجامع الصغير» ويقع بهذه الألفاظ طلقة واحدة بائنة نواها أو لم ينو . فلو نوى ثلاثًا فثلاث م: (**أما الأول**) ش: وهو قوله أنت طالق أشد الطلاق، وفيه البينونة م: (**فلأنه وصفه**) ش: أي وصف الطلاق م: (**بالشدة وهو البائن**) ش: إذ الوصف بالشدة هو الطلاق البائن ، لأن شدة الطلاق بالإبانة م: (**لأنه**) ش: أي لأن البائن م: (**لا يحتمل الانتقاض**) ش: أي النقض م: (**والارتفاض**) ش: من الرفض ، ولهذا لا يحل له فيه إلا التزوج الجديد .

م: (**أما الرجعي**) ش: أي الطلاق الرجعي م: (**فيحتمله**) ش: أي فيحتمل الانتقاض م: (**ولهذا**) ش: أي في الطلاق الرجعي لأن يراجعها بقول أو فعل ولا يحتاج فيه إلى رضاها ، وإنما صح نية الثلاث لذكره المصدر ، هذا جواب عما يقال سلمنا أن قوله أنت طالق أشد الطلاق يقتضي الإبانة بواحدة بوصفه الطلاق بالشدة فمن أين تصح نية الثلاث؟ فأجاب بقوله : م: (**وإنما تصح نية الثلاث لذكره بالمصدر**) ش: وهو اسم جنس يحتمل الثلاث بلا وصف الشدة ، وها هنا أولى . فإن قيل هذا ينبغي أن يتيقن الثلاث بلا نية ، لأنه لو قال أنت طالق شديد ، يقع البائن وأشد أقوى منه فينبغي أن يصرف إلى الثلاث . قلنا : الجواب عندما ذكرناه عند قوله : **أفحش**

وأما الثاني :فـلأنه قد يراد بهذا التشبيه في القوة تارة ، وفي العدد أخـرى يقال :هو كألف رجل ، ويراد به القوة فتـصح نية الأمرين ، وعند فقدانها يثـبت أقلهما . وعن محمد - رحـمه الله تعالى يقع الثلاث عند عدم النية لأنه عدد يراد به التشبيه في العدد ظاهراً ، فصار كما إذا قال طالق كعدد ألف . وأما الثالث: فلأن الشيء قد يملؤه البيت لعظمة في نفسه ، وقد يملؤه لكثرته وأي ذلك نوى صحت نيته، و عند انعدام النية يثبت الأقل.

الطلاق وهو أن المراد من أفعل التفضيل هنا مجرد الإثبات لا إثبات التفضيل فلا يجوز حمل مطلق اللفظ مع الاحتمال على الثلاث .

م: (**وأما الثاني**) ش: وهو قوله كألف م: (**فلأنه**) ش: أي فلأن الشأن م: (**قد يراد بهذا**) ش: أي بقوله: كألف م: (**التشبيه في القوة تارة وفي العدد أخرى**) ش: أي ويراد التشبيه في العدد مرة أخرى م: (**يقال: هوكـألف رجل**) ش: أي فلان كألف رجل ، يعني يعد كألف رجل م: (**ويراد به القوة**) ش: يقال فلان كألف رجل في القوة م: (**فتصح نـية الأمرين**) ش: يعني إذا وسع المسافة نوى الواحدة يقع البائن باعتبار التشبيه في القوة . وإذا نوى الثلاث يقع أيضًا باعتبار التشبيه في العدد م: (**وعند فقـدانها**) ش: أي عند فقدان النية م: (**يثبت أقلهما**) ش: أي أقل الأمرين وهو الواحد البائن ، لأن الأقل متيقن .

م: (**وعن محمد -رحمه الله تعالى يقع الثلاث عند عدم النية لأنه عدد**) ش: أي لأن الألف عدد م: (**يراد به التشبيه في العدد ظاهراً**) ش: هذه رواية عن محمد وذكرها الولوالجي وغيره م: (**فصار**) ش: أي فصار الحكم في هذا م: (**كما إذا قال: طالق كعدد ألف**) ش: وهذا لا خلاف فيه ، لأنه نص على العدد . ولو قال أنت طالق واحدة كألف فهي واحدة بائنة ، ولا تكون ثلاثًا ، لأن الواحدة لا تحتمل العدد فيكون التشبيه لزيادة القوة .

م: (**وأما الثالث**) ش: وهو قوله ملء البيت م: (**فلأن الشيء قد يملأ البيت لعظمة في نفسه، وقد يملؤه لكثرته ، وأى ذلك نوى صحت نيته**) ش: فالعظم في الطلاق بالإبانة والكثرة بالثلاث ، فأيهما نوى صح م: (**وعند انعدام النية يثبت الأقل**) ش: وهو الإبانة ، لأن الأقل متيقن . وروى الطحاوي-رحمه الله تعالى- عن أبي يوسف ومحمد في غير ظاهر الرواية إذا قال أنت طالق مثل الجبل أو ملء البيت أو ملء الكوز ، يكون رجعيا . وفي شرح الأقطع لو قال : أنت طالق تطليقة تملأ الكوز كان بائنا في قولهم جميعًا ، لأنه صفة للطلاق يقتضي زيادة عظم ، وليس ذلك إلا بالبينونة .

وفي «الروض» مختصر الرافعي قال : أنت طالق ملء البيت أو البلد أو السماء والأرض أو أعظم من الجبل أو أكثر الطلاق أو أعظمه أو أشده أو أطوله أو أعرضه ، أو طلقة كبيرة أو عظيمة يقع واحدة رجعية وتلغو هذه كلها .

وهكذا في «مغني» الحنابلة . وهكذا لو قال : ملء الدنيا يقع واحدة رجعية ، كقول الشافعي

ثم الأصل عند أبي حنيفة-رضي الله تعالى عنه أنه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائنًا أي شيء كان المشبه به، يذكر العظم أو لم يذكر؛ لما مر أن التشبيه يقتضي زيادة وصف ، وعند أبي يوسف -رحمه الله -، أن ذكر العظم يكون بائنًا وإلا فلا أي شيء كان المشبه به. لأن التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد ، أما ذكر العظم فللزيادة لا محالة ، وعند زفر-رحمه الله- إن كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنًا وإلا فهو رجعي . وقيل : محمد -رحمه الله -مع أبي حنيفة -رحمه الله -وقيل مع أبي يوسف-رحمه الله- وبيانه في قوله: مثل رأس الإبرة

وأقصى الطلاق وأكثره واحدة رجعية وهو المذهب ، ويحتمل الثلاث في أقصاه ، قال السروجي : هذا الاحتمال هو الحق والمذهب ضعيف جداً . ولو قال : أنت طالق عدد التراب يقع واحدة عند أبي يوسف ، واختاره البغوي وأحمد . وفي جوامع الفقه عن محمد عدد الرمل ثلاث ، لأنه ذو عدد ، بخلاف التراب روايتان عنه . ولو قال : أنت طالق واحدة مائة مرة لم يقع إلا وحدة قاله المتولي عن الشافعية وهو بعيد جداً.

وفي المرغيناني قال : أنت طالق كثلاث فهي واحدة بائنة عند أبي يوسف ، وثلاث عند محمد كما لو قال كعدد ثلاث . ولو قال كعدد الشمس أو القمر فهي واحدة بائنة عند أبي حنيفة ورجعية عند أبي يوسف ، وعن محمد كالنجوم واحدة ، وكعدد النجوم ثلاث . وفي المرغيناني وغيره قال : أنت طالق كعدد كل شعرة على جسد إبليس -لعنه الله- يقع واحدة حتى يعلم عدد شعره ، أو هل له شعر . وذكر الكرخي : لو قال : أنت طالق عدد شعر رأسي وعدد شعر ظهر كفي ، وقد طلقت ثلاثًا ، لأن الشعر ذو عدد ، وإن لم يكن موجودًا . وإن قال كالثلج فهو بائن .

م: (**ثم الأصل عند أبي حنيفة - رضي الله تعالى عنه**) ش: أراد بهذا بيان الأصل الذي يبنى عليه أقوال الإمام وصاحبيه وزفر- رحمه الله- تعالى م: (**أنه**) ش: أي أن الرجل م: (**متى شبه الطلاق بشيء**) ش: من الأشياء م: (**يقع الطلاق بائنًا ، أي شيء كان المشبه به يذكر العظم أو لم يذكر لما مر**) ش: عن قريب م: (**أن التشبيه يقتضي زيادة وصف**) ش: وزيادة الوصف توجب البينونة .

م: (**وعند أبي يوسف أن ذكر العظم يكون بائنا، وإلا فلا أي شيء كان المشبه به**) ش: يعني سواء كان صغيراً أو كبيراً م: (**لأن التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد**) ش: أي من وصف العظم م: (**أما ذكر العظم فللزيادة لا محالة**) ش: وذلك بالبينونة م: (**وعند زفر إن كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنًا وإلا فهو رجعي**) ش: سواء ذكر العظم أو لم يذكر م: (**وقيل محمد مع أبي حنيفة ، وقيل محمد مع أبي يوسف**) ش: أشار بهذا إلى أن قول محمد مضطرب . وفي «الذخيرة» عندأبي يوسف ومحمد أن ذكر العظم كان بائنا ، وإن كان المشبه به حقيراً . وإن لم يذكر العظم وإن كان له حد يقع بائنا وإلا يكون رجعيًا .

م: (**وبيانه**) ش: أي بيان هذا الخلاف م: (**في قوله: مثل رأس الإبرة**) ش: أي في قوله أنت

مثل عظم رأس الإبرة ، ومثل الجبل مثل عظم الجبل. ولو قال: أنت طالق تطليقة شديدة ، أو عريضة أو طويلة فهي واحدة بائنة ، لأن ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن ، وما يصعب تداركه يقال فيه لهذا الأمر طول وعرض . وعن أبي يوسف -رحمه الله- أنه يقع بها رجعية ، لأن هذا الوصف لا يليق به فيلغو ولو نوى الثلاث في هذه الفصول

طالق مثل رأس الإبرة ، أي في قوله : م: (**مثل رأس عظم الإبرة ، مثل الجبل**) ش: **أي في قوله** - أنت طالقوم: (**مثل عظم الجبل**) ش: - ففي قوله مثل رأس الإبرة بائن عند أبي حنيفة ومحمد لمكان التشبيه رجعي عند أبي يوسف لأنه لم يذكر العظم ، وكذا زفر ، لأن المشبة به مما لا يوصف بالعظم والشدة . وفي قوله : مثل عظم رأس الإبرة ، يكون بائنًا عند أبي حنيفة ومحمد للتشبيه ، وكذا عند أبي يوسف لذكر العظم .

وعند زفر رجعي ، لأن الإبرة لا توصف بالعظم والشدة . وفي قوله : مثل الجبل ، بائن عند أبي حنيفة ومحمد للتشبيه ، ورجعي عند أبي يوسف لعدم ذكر العظم ، وبائن عند زفر لأن الجبل يوصف بالعظم عند الناس ، وفي مثل عظم الجبل يكون بائنًا عند الكل للتشبيه عندهما وذكر العظم عند أبي يوسف وكون المشبه به عظيمًا عند زفر ، **ولو قال مثل السمسم أو مثل حبة الخردل** وقع رجعيًا عند الثلاث وعند أبي حنيفة .

م: (**ولو قال: أنت طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة فهي واحدة بائنة**) ش: **أي فهي طلقة** واحدة بائنة وفيه خلاف زفر وقد ذكرناه م: (**لأن ما لا يمكن تداركه يشتد عليه**) ش: أي على الزوج م: (**وهو البائن**) .

لأن شدة الشيء وقوته لا يحتمل الاعتراض عليه بالانتقاض، وذلك في الطلاق البائن، وهو معنى قوله : وهو البائن الضمير يرجع إلى كلمة ما في قوله ما لا يمكن م: (**وما يصعب تداركه يقال فيه لهذا الأمر طول وعرض**) ش: ويقال هذا أمر شديد وطويل وعريض.

م: (**وعن أبي يوسف -رحمه الله تعالى- أنه يقع بها**) ش: أي بهذه الألفاظ م: (**رجعية**) ش: أي طلقة رجعية م: (**لأن هذا الوصف**) ش: أي ولو وصف الطلاق بالشدة والطول والعرض م: (**لا يليق به**) ش: أي بالطلاق ، لأن هذه الأوصاف من صفات الأجسام م: (**فيلغو**) ش: أي يصير ذكره لغواً فلا يعمل به . وقال الأترازي : وصف الطلاق بالشدة والطول والعرض ليس يمكن للزوم قيام العرض بالعرض ، وجوابه أنا لا نسلم أن قيام العرض بالعرض يجوز، لكن نقول للأحكام الشرعية حكم الجواهر ، فيجوز حينئذ . أو نقول : سلمنا أنه لا يجوز حقيقة ، ولكن لا نسلم أنه لا يجوز مجازاً .

م: (**ولو نوى الثلاث**) ش: أي الطلقات الثلاث م: (**في هذه الفصول**) ش: أي في فصل قوله أنت طالق بائن أو البتة أو أنت طالق أفحش الطلاق ، وفصل قوله أخبث الطلاق وأسوأه ،

كلها صحت نيته ، لتنوع البينونة على ما مر ، والواقع بها بائن .

وطلاق الشيطان ، وطلاق البدعة ، وفصل قوله أشد الطلاق ، أو كألف أو ملء البيت أو مثل رأس الإبرة أو مثل أذن رأس الإبرة ، ومثل الجبل ، ومثل عظم الجبل . وفصل قوله أنت طالق تطليقة شديدة أو عريضة ، ففي هذه الفصول م: (**كلها صحت نيته**) ش: وتقع الثلاث إذا نواها عن أبي حنيفة -رضي الله عنه- لأنها بائن عنده ، والبائن على نوعين خفيفة وغليظة ، فإذا نوى الثلاث فقد نوى أغلظ النوعين وأعلاهما فصح أعلاهما .

وذكر الصدر الشهيد في شرح «الجامع الصغير» مثل ما ذكر صاحب «الهداية» في صحة نية الثلاث في الفصول كلها ، ولكن الإمام الزاهد العتابي ، قال في شرحه «للجامع الصغير» : والصحيح أنه لا يصح في أنت طالق تطليقة شديدة أو طويلة أو عريضة ، لأنه نص على التطليقة ، وإنها تتناول الواحدة ، ثم قال هكذا ذكره شمس الأئمة السرخسي .

قال الأترازي : هذا هو الأصح عندي ، لأن النية إنما تصح فيما يحتمل اللفظ ذكر ذلك ، والباء موصوفة للوحدة فلا يحتمل غير ذلك ، فلا تصح نية الثلاث ، انتهى. **قلت** : كون الباء للوحدة لا تنافي نية الثلاث ، لأنه وصفها بالشدة والطول والعرض ، وصحة نية الثلاث تؤخذ من الوصف .

م: (لتنوع البينونة) ش: أي غليظة وخفيفة م: (**على ما مر**) ش: أشار به إلى قوله [. . .] وتقع واحدة بائنة إذا لم يكن له نية أو نوى الثنتين . أما إذا نوى الثلاث فثلاث م: **(والواقع بها)** ش: أي بهذه الألفاظ المذكورة م: (بائن) ش: لما ذكرنا عند قوله أنت طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة .

فروع : لو قال لامرأته والحجر أو بهيمة إحداكما طالق، أو قال: هذه وهذه طلقت امرأته عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : لا يقع للشك ، وإن قال لامرأته ورجل إحداكما طالق ، أو هذه لا يقع عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف: يقع ولو قال لامرأته وأجنبية إحداكما طالق ، أو قال هذه أو هذه لا تطلق زوجته إلا بالنية ، وفي «المبسوط» حلف أنه لم ينوها ، وعند الشافعي وأحمد يقع على زوجته إلا بالنية ، وإن قال أردت الأجنبية قيل في الصحيح على المنصوص ذكر في «الإملاء» ، وعند مالك لا يقبل منه ، ذكر في «الجواهر» . ولو قال : إحدى امرأتي طالق وليس له إلا امرأة واحدة يقع عليها ذكره الصدر الشهيد في شرح «الجامع الصغير» .

* * *

فصل في الطلاق قبل الدخول

وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً قبل الدخول بها وقعن عليها ، لأن الواقع مصدر محذوف لأن معناه طلاقًا ثلاثًا؛ على ما بيناه، فلم يكن قوله : أنت طالق إيقاعًا على حدة فيقعن جملة . فإن فرق الطلاق ، وبانت بالأولى ولم تقع الثانية ، ولا الثالثة .

م: (**فصل في الطلاق قبل الدخول**)

ش: أي هذا فصل في الطلاق قبل الدخول على المرأة لما كان وضع النكاح للدخول كان الطلاق قبله من العوارض ، والعارض يذكر بعد الأصل وهو الطلاق بعد الدخول .

م: (**وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثًا قبل الدخول بها وقعن عليها**) ش: عند عامة العلماء ، وهو مذهب عمر وعلي وابن عباس وأبي هريرة وعبد الله بن عمرو بن العاص وابن مسعود وأنس بن مالك رضي الله تعالى عنهم ، وبه قال سعيد بن المسيب ومحمد بن سيرين وعكرمة وإبراهيم النخعي وعامر الشعبي وسعيد بن جبير والحكم وابن أبي ليلى والأوزاعي وسفيان الثوري . وقال ابن المنذر : وبه أقول ذكر أبو بكر بن أبي شيبة أنه قول عائشة وأم سلمة وخالد بن محمد ومكحول وحميد بن عبد الرحمن ، وكان طاووس وابن الشعثاء وعمرو بن دينار يقولون : من طلق البكر ثلاثًا فهي واحدة . وفي «مصنف» ابن أبي شيبة عن جابر بن زيد وطاووس وعطاء أن الرجل إذا طلق امرأته ثلاثًا قبل أن يدخل بها فهي واحدة ، وفي «المبسوط» وهو قول الحسن البصري ، م: (**لأن الواقع مصدر محذوف**) ش: وهو الطلاق الذي قام صفة ، وهو الثلاث مقامه م: (**لأن معناه طلاقًا ثلاثًا ؛ على ما بيناه**) ش: إشارة إلى ما ذكره في الفصل المتقدم على فصل تشبيه الطلاق بقوله : ولهما أن الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد إلى آخره م: (**فلم يكن قوله :أنت طالق إيقاعًاعلى حدة فيقعن جملة**) ش: يعني إذا كان الواقع مصدرًا محذوفًا لم يكن قوله أنت طالق إيقاعًا على حدة ، وإلا زاد عدد الطلاق وهو غير مشروع ، فيقعن جملة ، وصار الكلام واحداً ولا يفصل بعضها عن بعض ، فإن إيقاع الطلاق لا يتأتى بلفظ أو جزء منه ، بخلاف قوله : أنت طالق وطالق وطالق ، حيث انفصلت الثانية والثالثة لأنها كلمات متفرقة ، فوقعت الأولى .

م: (**فإن فرق الطلاق**) **ش:** بأن يقول أنت طالق طالق طالق على ما يجيء الآن م: (**بانت بالأولى**) ش: أي باللفظ الأول ، وهو قوله : أنت طالق ، وتبين لا إلى عدة ، لأنها غير مدخولة م: (**ولم تقع الثانية ولا الثالثة**) ش: لأنه لا يبقى لوقوعها محل ، فيلغو كلاهما . وحكي عن الشافعي القديم أنها تطلق ثلاثًا ثلاثًا . وقال ابن أبي هريرة من أصحابه : هذا قول آخر ، وبه قال ابن أبي ليلى والأوزاعي والليث بن سعد وربيعة ومالك . وقال أحمد : لو ذكر بالواو تطلق ثلاثًا، وبغير الواو لا تطلق لمذهب العلماء ، وهذا بخلاف ما إذا قال لها : أنت طالق وطالق وطالق إن دخلت الدار ، حيث يقع الثلاث جملة إذا وجد الدخول لوجود المعين في الآخر .

وذلك مثل أن يقول : أنت طالق طالق طالق ؛ لأن كل وحدة إيقاع على حدة إذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه ، فتقع الأولى في الحال وتصادفها الثانية وهي مباينة ، وكذا إذا قال لها أنت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة ؛لما ذكرنا أنها بانت بالأولى . ولو قال لها أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلاً لأنه قرن الوصف بالعدد فكان

وهو الشرط .

وإذا قدم الشرط فعند أبي حنيفة تقع الواحدة ، لأن المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط .

فإن قيل: الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع ، فلو قال لها أنت طالق ثلاثًا يقع الثلاث ، فينبغي أن يقع الثلاث أيضًا إذا قال لها أنت طالق وطالق وطالق .

أجيب : بأنه مسلم ولكن إذا وقعت الأولى فلا توقف لعدم المغير في الآخر بانت بها ، ولم يبق محل للثانية ولا للثالثة .

فإن قيل: ينبغي أن تقع الثلاث تحقيقًا لمعنى الجمع في الواو ، أجيب : بأنه حينئذ تكون الواو للمقاربة ولا دلالة لها عليها لأنها للجمع المطلق .

فإن قيل: يلزم الترتيب على ما قلتم ، والواو لم توضع له . أجيب : بالمنع لأنه إنما يلزم إذا كان وقوع الثانية والثالثة متحققًا فلا وقوع ولا ترتيب .

م: (**وذلك**) ش: أي التفريق م: (**مثل أن يقول أنت طالق طالق طالق**) ش: ذكر المصنف صورة التفريق بدون حرف الواو ، والحكم فيما إذا ذكره بحرف الواو كذلك ، ولهذا إذا قال لها : أنت طالق وطالق وطالق تبين بواحدة لا إلى عدة ، قاله الأترازي م: (**لأن كل واحدة إيقاع على حدة إذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره**) ش: أي صدر الكلام كالشرط والاسثناء م: (**حتى يتوقف عليه**) ش: أي على ما يغير صدره م: (**فتقع الأولى**) ش: في لفظ أنت طالق . م: (**في الحال وتصادفها**) ش: أي تصادف الأولى م: (**الثانية**) ش: أي اللفظة الثانية وهي طالق م: (**وهي مباينة**) ش: أى والحال أنها مباينة فلا يبقى للثانية محل ولا للثالثة .

م: (**وكذا إذا قال**) ش: أي وكذا تقع واحدة إذا قال م: (**أنت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة لما ذكرنا أنها بانت بالأولى**) ش: يعني لما سبقت الأولى في الوقوع صادفتها الثانية وهي مباينة .

م: (**ولو قال لها: أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلاً**) ش: يعني لا يقع شيء وكذا إذا قال أنت طالق ثنتين فماتت قبل أن يقول : ثنتين ، أو قال : أنت طالق ثلاثًا فماتت قبل أن يقول ثلاثًا ، أو قال أنت طالق إن شاء الله تعالى فماتت قبل أن يقول إن شاء الله تعالى لم تطلق شيئًا م: (**لأنه قرن الوصف**) ش: وهو الطلاق م: (**بالعدد**) ش: وهو واحدة أو ثنتين أو ثلاثة م: (**فكان**

الواقع هو العـدد ، فإذا ماتت قـبل ذكر العدد فـات المحل قبل الإيقـاع فبطل ، وكـذا لو قال أنت طالق ثنتين أو ثلاثًا لما بينا ، و هذه تجـانس ما قبلهـا من حيث المعنى .ولو قـال : أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة،

الواقع هو العدد ، فـإذا ماتت قبل ذكـر العدد) ش: فـهـو واحـدة أو ثنتين أو ثلاث ، فكان الـواقع هو العدد ، فإذا ماتت قبل ذكر العدد م: **(فات المحل قبل الإيقاع فبطل)** ش: كلامه فلا يقع شيء .

م: **(وكذا)** ش: أي وكذا يبطل كلامه م: **(لو قال: أنت طالق ثنتين أو ثلاثًا)** ش: أي أو قـال أنت طالق ثلاثًا ، فـماتـت قبل أن يقـول ثلاثًا م: **(لما بينا)** ش: إشارة إلى قوله لأنه قـرن الوصف بالعدد فكان الواقع هـو العـدد م: **(وهذه)** ش: أي هذه المسائل الثلاثة المذكورة هي قـولـه أنت طالق واحـدة فـماتت قبل قوله واحـدة ، وقوله أنت طالق ثنتين فماتت قبل قوله أنت طالق ثنتين ، وقـوله أنت طالق ثلاثًا، فماتت قبل أن يقول ثلاثًا م: **(تجانس)** ش: أي تشاكل وتماثل م: **(ما قبلها)** ش: أي المسألة التي قبلها م: **(من حيث المعنى)** ش: وهي ما إذا طلق الرجل امرأته ثلاثًا قبل الدخول بها .

بيـانه أن المعتـبر في الوصفين في الإيقـاع هـو العدد لا الوصف ، فكانت هذه المسـائل مماثلة للمسـألة المتـقدمـة من حيث المعنى ، لا بينـهـما تفـاوتـاً في الحكم وهو أن الطلاق واقـع في المسـألة المتـقدمـة لأن العـدد صـادفـهـا وهي منكوحـة وها هنا لـم يقع شيء لأن العـدد صـادفـهـا وهي مـيتـة ليست بمحل لوقوع الطلاق .

ثم لأصحاب الشافعي فيما إذا ماتت قبل ذكر العدد ثلاثة أوجه :

أحدها: هو اختيار المزني أنه يقع واحدة في المسألة الأولى ، وفي قصد الثنتين ثنتين وفي قصد الثلاث ثلاث .

الثاني: أنه يقع واحدة .

والثالث: أنه لا يقع شيء كـقـولنا . م: **(ولو قال: أنـت طالق واحدة قـبل واحدة أو بعـدها واحدة وقعت واحدة)** ش: هذه المسألة مذكورة في «الجامع الصغير» والقدوري جميعًا ، وعندنا في صورة قبل معتبرًا بكنايته وبعد الكناية يقع واحدة وفي قبل بهاء الكناية وبعد بغير الكناية يقع واحدة كما في قبل بغير الكناية فعنده يقع في الصور الأربع إلا واحدة .

وفي «الروضـة» للنووي قـال لغير المدخـول بهـا : أنت طالق طلقـة قبـل طلقة أو بعـدها طلقـة ، بانت بالأولى . وإن قال بعد طلقة أو قبلهـا طلقة ففيه ثلاثة أوجه ، أصـحها يقع واحـدة ، والثاني لا يقع شيء ، والثالثة يقع ثنتان ويلغـو قوله قبلهـا . وإن قال أنت طالق واحـدة مع واحدة أو معـها واحدة فوجهان ، أصحهما وقع الثنتين ، والثاني واحدة .

وإن قال: أنت طالق طلقة تحت طلقة أو تحتهـا طلقة أو فوق طلقة أو فوقها طلقة فثنتان ، وفيه

والأصل أنه متى ذكر شيئين أدخل بينهما حرف الظرف إن قرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور آخر ؛ كقوله :جاءني زيد قبله عمرو، وإن لم يقرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور أولاً كقوله جاءني زيد قبل عمرو. وإيقاع الطلاق في الماضي إيقاع في الحال ؛ لأن الإسناد ليس في وسعه ، فالقبلية في قوله أنت طالق واحدة قبل واحدة صفة للأولى، فتبين بالأولى فلا تقع الثانية ، والبعدية في قوله بعدها واحدة صفة للأخيرة فحصلت الإبانة بالأولى .

وجه أنه طلقة كما في الإقرار فإنه لا يلزمه إلا درهم واختاره ابن لح والحياطي .

وقال إمام الحرمين والغزالي حكمه حكم مع ، وفي كلام المتولى ما يقتضي أنه لا يقع في غير المدخول إلا واحدة .

وإن قال: أنت طالق طلقة قبلها طلقة أو بعدها طلقة وذلك قبل الدخول فوجهان :

أحدهما: يقع واحده.

والثاني: لا يقع شيء. وفي «المغني» يقع واحدة ، وهو ظاهر قول الشافعي. وقال السروجي: هو أحد قولى الشافعي ولا قول له فيه . وقال أبو بكر من الحنابلة يقع ثنتان كقول أصحابنا ويلغو قوله وبعدها . وفي المدخول بها يقع الثلاث ، وفي «الجواهر» قال : أنت طالق طلقة مع طلقة أو معها طلقة أو فوقها طلقة أو تحتها طلقة وقعت طلقتان .

م: (**والأصل**) ش: أي في المسائل المذكورة م: (**أنه**) ش: أي أن الرجل م: (**متى ذكر شيئين أدخل بينهما حرف الظرف**) ش: وهو قبل وبعد م: (**إن قرنها بهاء الكناية كان**) ش: أي الظرف م: (**صفة للمذكور آخرًا كقوله جاءني زيد قبله عمرو**) ش: وتكون القبلية صفة لزيد .

وليس المراد بالصفة مصطلح النحاة ، بل المراد الصفة المعنوية كيف كانت م: (**وإن لم يقرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور أولاً كقوله: جاءني زيد قبل عمرو**) ش: فتكون القبلية صفة لزيد، وهذا الذي ذكره هو أحد الفصلين اللذين بنى عليهما الفصول الثلاثة ، وهي قبل وبعد وكلمة تا والأصل الثاني هو قوله:

م: (**وإيقاع الصلاق في الماضي إيقاع في الحال ، لأن الإسناد ليس في وسعه**) ش: لأن الطلاق وضع لرفع الاستباحة ، وما مضى من الاستباحة لا يمكن رفعه ، فيقع في الحال، لأنه يملكه فيثبت ما أمكن صونًا لكلامه عن الإلغاء م: (**فالقبلية في قوله أنت طالق واحدة قبل واحدة صفة للأولى**) ش: هذا تفريع الأصل الأول ، ولهذا ذكره بالفاء وأراد بالأولى لفظة واحدة الأولى م: (**فتبين بالأولى**) ش: أي فتبين المرأة بالواحدة الأولى م: (**فلا تقع الثانية**) ش: لعدم بقاء المحل لوقوعها .

م: (**والبعدية في قوله بعدها واحدة**) ش: أي قوله أنت طالق واحدة بعدها واحدة م: (**صفة للأخيرة**) ش: أي صفة للواحدة الأخيرة ، وهي الثانية م: (**فحصلت الإبانة بالأولى**) ش: أي بالواحدة

ولو قال أنت طالق واحد قبلها واحدة تقع ثنتان ، لأن القبلية صفة للثانية لا تصالها بحرف الكناية ، فاقتضى إيقاعها في الماضي إيقاع الأولى في الحال، في غير أن الإيقاع في الماضي إيقاع في الحال أيضًا، فيقترنان فيقعان جميعًا. كذا إذا قال: أنت طالق واحدة بعد واحدة يقع ثنتان ؛لأن البعدية صفة للأولى، فاقتضى إيقاع الواحدة في الحال، وإيقاع الأخرى قبل هذه فتقترنان . ولو قال أنت طالق واحدة مع واحدة أو معها واحدة أنه تقع ثنتان ، لأن كلمة« مع» للقرآن . وعن أبي يوسف -رحمه الله - في قوله معها واحدة أنه تقع واحدة ، لأن الكناية تقتضي سبق المكني عنه لا محالة. وفي المدخول بها يقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الأولى .

الأولى لما ذكرنا .

م: (**ولو قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان**) ش: أي طلقتان م: (**لأن القبلية صفة للثانية**) ش: أي للواحدة الثانية م: (**لا تصالها بحرف الكناية فاقتضى إيقاعها في الماضي إيقاع الأولى في الحال أيضًا فيقترنان**) ش: أي الإيقاعان يقترنان في الوقوع م: (**فيقعان جميعًا ، وكذا إذا قال: أنت طالق واحد بعد واحدة**) ش: أي وكذا م: (**يقع ثنتان لأن البعدية صفة للأولى**) ش: أي للواحدة الأولى م: (**فاقتضى إيقاع الواحدة في الحال و إيقاع الأخرى قبل هذه فيقترنان**) ش: في الوقوع .

م: (**ولو قال: أنت طالق واحدة مع واحدة أو معها واحدة**) ش: أي أو قال أنت طالق واحدة معها واحدة م: (**تقع ثنتان**) ش: أي طلقتان ، وهذا الفصل الثالث من الفصول الثلاثة ، وهي قبل وبعد ومع .

ولما ذكر الفصلين الأولين وهما القبلية والبعدية ذكر الفصل الثالث ، وهو فصل كلمة مع م: (**لأن كلمة «مع» للقرآن**) ش: أي للمقارنة فتتوقف الأولى على الثانية تحقيقًا لمراده فوقعتا معًا .

م: (**وعن أبي يوسف في قوله معها واحدة أنه تقع واحدة ، لأن الكناية تقتضي سبق المكني عنه لا محالة**) ش: فيقتضي أن لا يقع السابق فلا يقع ثنتان . وعلل ابن قدامة له أن الطلقة إذا وقعت لا يمكن أن يقع معها غيرها ، والتعليل الصحيح هو الأول ، وبقول أبي يوسف قال الشافعي في وجه ، وهو اختيار المزني م: (**وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها**) ش: أي في قوله قبل واحدة أو قبلها واحدة وبعد واحدة أو بعدها واحدة أو مع واحدة أو معها واحدة م: (**لقيام المحلية بعد وقوع الأولى**) ش: لأنها في العدة وهي محل الإيقاع .

وقال الكاكي : قيل هذا الجواب مشكل في وقوله - أنت طالق واحدة قبل واحدة، فإن كون الشيء قبل غيره لا يقتضي وجود ذلك الغير ، ثم قال وجوابه مذكور في أصول «الجامع الكبير» ، انتهى .

قلت: هذا تعليق فيه تسويف ، وجوابه أن اللفظ أشعر بالوقوع وهو ظاهر فيه ، والعمل

ولو قال لها : إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة ، وواحدة فدخلت الدار وقعت عليها واحدة، عند أبي حنيفة -رحمه الله - ، وقالا: تقع ثنتان . ولو قال لها أنت طالق واحدة وواحدة إن دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين بالاتفاق .لهما أن حرف الواو للجمع المطلق فيقعن جملة كما إذا نص على الثنتين و أخر الشرط . وله أن الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب ، فعلى اعتبار الأول تقع ثنتان ، وعلى اعتبار الثاني لا يقع إلا واحدة ، كما إذا أنجز بهذه اللفظة

بالظاهر واجب كما لو قال أنت طالق ، فإن الطلاق الثاني يقع أيضًا كالأول ، وإن احتمل الخبر والتأكيد لكونه غالبًا في الإنشاء ظاهرًا فيه .

م: (**ولو قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة ، فدخلت الدار ؛ وقعت عليها واحدة عند أبي حنيفة**) ش: وبه قال الشافعي في وجه .

وقال أبو نصر من أصحابه : وهو أقيس م: (**وقالا يقع ثنتان**) ش: وبه قال الشافعي في وجه ، وهو اختيار القاضي أبي الطيب ، وهو قول مالك وأحمد وربيعة والليث بن سعد وابن أبي ليلى ؛ لأن حرف الجمع كلفظ الجمع عندهم .

م: (**ولو قال لها أنت طالق واحدة وواحدة إن دخلت الدار ، فدخلت الدار طلقت ثنتين بالاتفاق**) ش: هذه من مسائل القدوري - رحمه الله تعالى- وفيها أخر الشرط فوقعت طلقتان ، لأن صدر الكلام يتوقف على آخره إذا كان في آخره ما يغير موجبه فوجد الشرط فوقع جميع ذلك بخلاف المسألة الأولى التي فيها قدم الشرط حيث يقع واحدة، لأن المعلق بالشرط بالمنجز عند وجوده ، فلما طلقت واحدة لغت الثالثة ، لأنها صادفتها وهي أجنبية ، وإن كانت المرأة مدخولاً بها وقع الجميع بلا خلاف ، قدم الشرط أو أخره ؛ لأن الثانية صادفتها وهي في العدة .

م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد م: (**أن حرف الواو لجمع المطلق فيقعن جملة**) ش: كلاهما به بغير جماعة النساء على إسناد الفعل إلى المطلقات ، وهي غير مذكورة ، أي المطلقات جملة ، وكان ينبغي أن يقول فيتعلقان أو يقعان بالتثنية ، لأن الواحدة ذكرت مرتين لا ثلاث مرات كما إذا نص على الثلاث كان ينبغي أن يقول هنا أيضًا م: (**كما إذا نص على الثنتين**) ش: على ما لا يخفى م: (**وأخر الشرط**) ش: أي كما لو أخر الشرط كما في قوله أنت طالق واحدة وواحدة إن دخلت الدار حيث يقع ثنتان كما مر .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة -رضي الله عنه- م: (**أن الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب**) ش: لأن تحققه في الخارج لا يمكن إلا بأحد الوجهين م: (**فعلى اعتبار الأول**) ش: أي على اعتبار القرانم: (**يقع ثنتان وعلى اعتبار الثاني**) ش: أي على اعتبار الترتيب م: (**لا يقع إلا واحدة**) ش: لكونه غير المدخول بها فلا يقع على ما زاد على الواحدة بالشك م: (**كما إذا أنجز بهذه اللفظة**) ش: بأن قال

فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك ، بخلاف ما إذا أخر الشرط لأنه يغير صدر الكلام ، فيتوقف الأول عليه فيقعن جملة ، ولا مغير فيما إذا قدم الشرط فلم يتوقف ، ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي -رحمه الله - ، وذكر الفقيه أبو الليث أنه يقع واحدة بالاتفاق، لأن الفاء للتعقيب وهو الأصح .وأما الضرب الثاني وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق إلا بالنية أو بدلالة الحال ؛

أنت طالق واحدة واحدة حيث لا يقع إلا واحدة بالاتفاق لعدم المحلية للثانية م: (**فلا يقع الزائد على الواحد بالشك ، بخلاف ما إذا أخر الشرط لأنه**) ش: أي لأن الشرط م: (**يغير صدر الكلام فيتوقف الأول عليه**) ش: أي أول الكلام على الشرط م: (**فيقعن جملة**) ش: كان ينبغي أن يقول يقعان جملة م: (**ولا مغير فيما إذا قدم الشرط فلم يتوقف**) ش: فيقع على الترتيب فتبين بالأولى ولا تقع الثانية لعدم المحلية .

م: (**ولو عطف بحرف الفاء**) ش: بأن قال أنت طالق واحدة فواحدة إن دخلت الدار م: (**فهو على هذا الخلاف**) ش: يعني عند أبي حنيفة ثنتان ، وعندهما واحدة م: (**فيما ذكره الكرخي**) ش: فإن جعل العطف بالفاء والواو سواء .

وقال إن حرف العطف يجعلها كلامًا واحدًا فتعلقتا كما في صورة الواو سواء قدم الشرط أو أخره عندهما خلافًا له . وفي «المبسوط» : الطحاوي مكان الكرخي .

م: (**وذكر الفقيه أبو الليث أنه يقع واحدة بالاتفاق ، لأن الفاء للتعقيب**) ش: فتقع الأولى ولا محل للثانية م: (**وهو الأصح**) ش: أي الاتفاق أصح ؛ لأن الفاء للعطف على التعقيب لغة لا مطلق العطف ، فيقتضي التعليق على التعقيب فينزمن كما علقت بالأولى تبين ، فلا تقع الثانية ، كذا في المبسوط ، وفيه لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق في المدخول بها تعلقت الأولى ووقعت الثانية ، لغت الثالثة عند أبي حنيفة ، ولو أخرت الشرط وقعت الأولى والثانية في الحال وتعلقت الثالثة في المدخولة وغير المدخولة يقع واحدة في الحال ، ويلغو ما سوى ذلك عنده وعندهما ، وللشافعي ومالك وأحمد يتعلق الثلاث بالشرط سواء قدم أو أخر في المدخولة وغيرها ، وعند وجود الشرط إن كانت مدخولة يقع الثلاث وإلا تطلق واحدة .

م: (**وأما الضرب الثاني وهو الكنايات**) ش: هذا عطف على ما ذكر بقوله فالصريح مثل قوله أنت طالق في أول باب إيقاع الطلاق ؛ لأنه قسم الطلاق ثمة إلى صريح وكناية ، وقد فرغ من بيان الصريح ، والآن شرع في بيان الكناية .

والصريح ما هو المكشوف المراد ، والكناية ما هو مستتر المراد من وقولهم كنيت أو كنوت الشيء إذا سترته م: (**لا يقع بها**) ش: أي الكناية م: (**الطلاق إلا بالنية أو بدلالة الحال**) ش: إذ هي دليل على المراد كما في البيع بالدراهم المطلقة يصرف إلى غالب نقد البلد ، وكذا لو أطلق النية في الحج

لأنها غير موضوعة للطلاق ، بل تحتمل الطلاق وغيرها ، فلا بد من التعيين أو دلالته . قال: وهي على ضربين : منها ثلاثة ألفاظ يقع بها الطلاق الرجعي ولا تقع بها إلا واحدة ،وهي قوله : اعتدِّي واستبرئي رحمك ، أنت واحدة . أما الأولى: فلأنها تحتمل الاعتداد عن النكاح ، وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى .فإن نوى الأولى تعين بنيته فيقتضي طلاقًا سابقًا ، والطلاق يعقب الرجعة . وأما الثانية فلأنها تستعمل بمعنى الاعتداد لأنه صريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته وتحتمل الاستبراء لتطليقته .

يصرف إلى الفرض بدلالة الحال ، ولهذا جعل أحمد -رحمه الله تعالى - دلالة الحال مقام النية في جميع الكنايات في حالة الغضب وغيره بلا نية من الزوج .

وقال الشافعي : لايقع الطلاق بشيء من الكنايات في حالة الغضب وغيره بلا نية من الزوج ومن المرأة ، وعندنا يكفي نية الزوج، لاحتمال إرادة غير الطلاق فيها في جميع الأمور .

وقال مالك : يقع الطلاق بلا نية في الكنايات الظاهرة ، كقوله : بائن ،بتة، حرام . فإذا قال ما نويت الطلاق لا يصدق ؛ لأن ظاهرها في الطلاق .

م: (**لأنها**) ش: أي لأن الكنايات م: (**غير موضوعة للطلاق بل تحتمل الطلاق وغيرها فلا بد من التعيين**) ش: بالنية م: (**أو دلالة**) ش: أي أو دلالة معنى التعيين ، ويجوز أن يرجع الضمير إلى الحال؛ لأن الحال مما يذكر ويؤنث ودلالة الحال بأن تكون في مذاكرة الطلاق ، وكان اللفظ لا يصلح ردًا .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله تعالى- : م: (**وهي على ضربين**) ش: أي نوعين ؛ وأراد بهما الرجعي والبائن ، أجمل أولاً ثم فصل ذلك بقوله م: (**منها**) ش: أي من الكنايات م: (**ثلاثة ألفاظ يقع بها الطلاق الرجعي ولا يقع بها إلا واحدة ، وهي قوله: اعتدي ، واستبرئي رحمك، وأنت واحدة. أما الأولى**) ش: وهي لفظة اعتدي م: (**فلأنها تحتمل الاعتداد عن النكاح ، وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى ، فإذا نوى الأولى تعين بنيته**) ش: أي نية الأولى ، ويجوز أن يقال بنية الزوج م: (**فيقتضي طلاقًا سابقًا ، والطلاق يعقب الرجعة**) .

م: (**وأما الثانية**) ش: هي لفظة استبرئي رحمك م: (**فلأنها تستعمل بمعنى الاعتداد ؛ لأنه صريح بما هو المقصود منه**) ش: أي من الاعتداد م: (**فكان بمنزلته**) ش: أي بمنزلة الاعتداد ، أي في حق إثبات الرجعة لا في حق احتمال الاعتداد بنعم الله تعالى م: (**وتحتمل الاستبراء لتطليقته**) ش: والاستبراء طلب براءة الرحم من الولد ، كذا في «المغرب »، وإنما يحتاج إلى النية ؛ لأن قوله استبرئي رحمك يحتمل أن يكون معناه اطلبي براءة رحمك حتى تعلمي أنها فارغة عن الولد أم لا ، فلو كانت فارغة أطلقك ، وإلا فلا ، فلو كانت نيته هكذا لا يقع الطلاق ، ولو كانت نيته الاعتداد عن النكاح يقع الطلاق سابقًا كما في قوله اعتدي ، فلذلك احتاج إلى النية .

وأما الثالثة فلأنهـا تحتمل أن تكون نعتًا لمصدر محذوف معناه تطليقـه واحدة ، فإذا نواه جعل كأنه قـاله . والطلاق يعقب الرجـعة، وتحـتمل غـيـره وهو أن يكون واحدة عنده أو عند قـومهـا . ولما احتملت هذه الألفاظ الطلاق وغيره يحتاج فيه إلى النيـة ولا يقع بها إلا واحدة ؛ لأن : قوله أنت طالق منها مـقتضى أو مضـمر . ولو كان مظهرًا لا تقع بهـا إلا واحدة ، فإذا نوى مضـمرًا أولى ، وفي قوله «واحدة » وإن صار المصدر مذكورًا ، لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلاث

م: (**وأما الثالثة**) ش: أي لفظ أنت واحـدة م: (**فلأنها تحتمل أن تكون نعـتًا لمصدر محذوف ، معناه تطليقة واحدة ، فإذا نواه جعل كأنه قاله**) ش: أي قال مصدرًا محذوفًا م: (**والطلاق يعقب الرجعة**) ش: أراد بهذا أنه طلاق رجعي ، والطلاق من الرجعي فيه الرجعة م: (**ويحتمل غيره**) ش: أي غير ما ذكر م: (**وهو أن يكون واحدة عنده**) ش: أراد بها اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة م: (**الطلاق وغيره يحتاج فيه إلى النية**) ش: لأجل التميز م: (**ولا يقع بها إلا واحـدة ؛ لأن قوله : أنت طالق منها مقـتضي**) ش: في قوله اعتدي واستبرئي رحمك م: (**أو مضمر**) ش: في قـوله أنت واحدة كـان تقـديره أنت طالق طلقة واحـدة ، وعند الشـافعي لا يقع شيء بقـوله أنت واحـدة وإن نوى ، لأنه نعت المرأة وليس فيه معنى احتمال الطلاق أصلاً .

قلنا: إذا نوى يقع ؛ لأنه أمكن حمل كلام العاقل على الفائدة فيحمل عليه . وعند زفر يقع بائنًا بقوله أنت واحدة كما في سائر الكنايات .

وبعض المشايخ جعل الطلاق في اعتدي بعد الدخول بالاقتضاء ، وقبله بطريق الاستعارة المحضة .

فإن قيل: قلت : الأمر بالاعتداد إنما يصح بعد وقوع الطلاق ، فكيف يكون قبله؟ .

قلت: قوله اعتدي قبل الدخول جعل مستعارًا عن الطلاق ، لأن الطلاق سبب لوجوب العـدة على مـا هو الأصل ، إذ الطلاق قـبل الدخـول إنما وقع لعـارض أن النكـاح لم يوضع لهـذا والعوارض غير داخلة في القواعد ، فيكون الطلاق سببًا لوجوب العدة، فاستعير الحكم لسببه .

م: (**ولو كان مظهرًا**) ش: يعني لو كان الطلاق وقال أنت طالق م: (**لا تقع بها**) ش: يعني بلفظة أنت طالق م: (**إلا واحدة**) ش: أي إلا طلقة واحدة م: (**فإذا نوى**) ش: أي الطلاق م: (**مضمرًا**) ش: في قوله أنت واحدة م: (**أولى**) ش: أن لا يقع إلا واحـدة ، وذلك أن الأصل في الكلام الصريح لكونه أولى على المراد ، بخلاف المضمر لأن فيه قصورًا ، ولهذا لا يثبت حكمه إلا بالنية .

م: (**وفي قـوله واحدة وإن صـار المصدر مـذكورًا**) ش: هذا سـؤال بيانه أن يقـال لما كـان المصدر مذكورًا ينبغي أن يصح نية الثلاث ، فأجاب بقوله م: (**لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلاث**) ش: بيانه أن نية الثلاث لا تصح ، وقوله أنت واحدة وإن ذكر المصدر بأن قيل أنت طالق واحدة ؛

ولا يعتبر بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ وهو الصحيح ؛لأن العوام لا يميزون بين وجوه الإعراب . قال : وبقية الكنايات إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة ، وإن نوى ثلاثًا كانت ثلاثًا، وإن نوى ثنتين كانت واحدة بائنة ، وهذا مثل قوله :أنت بائن، وبتة، وبتلة ، وحرام ، وحبلك على غاربك ، والحقي بأهلك ، وخلية ، وبرية ،

لأن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلاث للمنافاة بين الواحد والعدة فلا يحتمل لفظًا لا حقيقة ؛ لأنه ليس بموضوع له ولا مجازًا للمنافاة . م: **(ولا يعتبر إعراب الواحدة عند عامة المشايخ)** ش: يعني سواء قال أنت واحدة بالرفع أو بالنصب أو بالسكون م: **(وهو الصحيح)** ش: احترز به عن قول بعض المشايخ المذكور في شرح «الجامع الصغير» أنه إذا أعرب الواحدة بالرفع لم يقع شيء ، وإن نوى لأنها صفة شخصها، إذا أعرب بالنصب يقع من غير نية ، لأنه نعت مصدر محذوف ، وإن سكن ولم يحرك يحتاج إلى النية ، وإن نوى كان على الاختلاف ، يعني عندنا يقع واحدة رجعية، وعند الشافعي لا يقع شيء .

وقيل: عدم الوقوع في الرفع قول محمد . والصحيح أن الكل سواء ، فلا اعتبار للإعراب م: **(لأن العوام لا يميزون بين وجوه الإعراب)** ش: فلا يحتاج إلى التفصيل .

م: **(قال)** ش: أي القدوري - رحمه الله تعالى- م: **(وبقية الكنايات)** ش: أراد بها ما سوى الألفاظ الثلاثة المذكورة م: **(إذا نوى بها)** ش: بلفظ فيها م: **(الطلاق كانت واحدة بائنة)** ش: أي طلقة واحدة بائنة م: **(وإن نوى ثلاثًا)** ش: أي ثلاث تطليقات م: **(وإن نوى ثنتين)** ش: أي طلقتين م: **(كانت واحدة)** ش: أي كانت الطلقة واحدة .

وقال زفر ومالك والشافعي يقع ما نوى. وقال أحمد: هو عندي ثلاث لكني أكره . م: **(وهذه)** ش: أي المذكور من بقية الكنايات م: **(مثل قوله)** ش: أي قول الزوج م: **(أنت بائن)** ش: أي من البينونة وهو القطع ، وهو نعت للمرأة، ويحتمل أن يكون استبرئي عن النكاح وعن المعاصي وعن الخيرات ونحو ذلك م: **(وبتة)** ش: من البت وهو القطع أيضًا ، وفيه الاحتمالات المذكورة م: **(وبتلة)** ش: أي بتلت الشيء إذا أبتله عن غيره ، وفيه الاحتمالات المذكورة م: **(وحرام)** ش: أصله المصدر كالحرمة ، ويراد به النعت ومعناه الممنوع ، وفيه الاحتمالات المذكورة م: **(وحبلك على غاربك)** ش: وهو استعارة عن التخلية ، والغارب بالغين المعجمة ما تقدم من الظهر وارتفع عن العنق فيحتمل الخلو من الخيرات لكونك غير مطيعة ويحتمل الخلو عن قيد النكاح لكونك بائنة .

م: **(والحقي بأهلك)** ش: ألحقي : أمر منْ لَحقَ ، منْ حَدِّ علم ، وفتح الألف وكسر الحاء خطأ فإنه يصير من الإلحاق وهو فعل متعد ، والصحيح أن يجعل من اللحوق فيحتمل لأني طلقتك الحقي بأهلك ، ويحتمل سيري بسير أهلك م: **(وخلية)** ش: من الخلو ، بضم الخاء من حد دخل ، فيحتمل الخلو عن الخيرات أو عن قيد النكاح م: **(وبرية)** ش: من البراءة من حد علم ، فيحتمل

ووهبتك لأهلك ، وسرحتك ، وفارقتك، وأمرك بيدك، واختاري ، وأنت حرة ، وتقنعي ، وتخمري ، واستتري ، واغربي ، واخرجي واذهبي وقومي وابتغي الأزواج

البراءة عن حسن الثناء أو عن قيد أهلك ، م: **(ووهبتك لأهلك)** ش: لأني طلقتك م: **(وسرحتك)** ش: يحتمل التسريح بالطلاق أو بغيره م: **(وفارقتك)** ش: تحتمل المفارقة بالطلاق أو بغيره .

قال الشافعي : هما صريحان لا يحتاجان إلى الطلاق ، فيكون تفويضًا له إليها ، ويحتمل غيره في تصرف آخر .

م: **(وأمرك بيدك ، واختاري)** ش: يحتمل اختيار نفسها بالفراق من النكاح أو في أمر آخر ، وفي هذين اللفظين لا تطلق حتى تطلق نفسها م: **(وأنت حرة)** ش: يحتمل عن حقيقة الرق أو رق النكاح م: **(وتقنعي)** ش: هذا أمر بأخذ القناع على وجهها ، فيحتمل لأنك بتت مني بالطلاق وحر م علي نظرك أو عن الأجنبي لأنظر إليك م: **(وتخمري)** ش: هو أمر بأخذ الخمار ، فيحتمل ما يحتمله تقنعي م: **(واستتري)** ش: هو أمر بالسترة ، فيحتمل ما احتمل تخمري م: **(واغربي)** ش: هو بالغين المعجمة والراء المهملة ، أي تباعدي عني لأني طلقتك .

واغربي لزيارة أهلك ، ويروى اعربي بالعين المهملة ، ، والثاني من العروبة وهو النقد م: **(واخرجي)** ش: يحتمل اخرجي من عندي لأني طلقتك ، واخرجي أمر لشيء آخر م: **(واذهبي ، وقومي ، وابتغي الأزواج)** ش: أي أطلبيهم ، فيحتمل لأني طلقتك ، أو ابتغي الأزواج من النساء ؛ لأن لفظ الأزواج مشترك بين الرجال والنساء ، وهذه اثنتان وعشرون لفظًا .

وفي شرح «الأسبيجابي» «وجوامع الفقه» هي كنايات ومدلولات . وفي «الينابيع» ثلاث كنايات ومدلولات وتفويضات ، أما الكنايات فقوله أنت بائن وبتة وخلية وبرية وحرام . وما ألحق بها القاضي أبو يوسف في رواية الطحاوي وهي أربعة ذكرها السروجي في «المبسوط» وقاضي خان في «الجامع الصغير» ، وهي لا سبيل لي عليك ، لا ملك لي عليك ، خليت سبيلك وفارقتك ، خرجت عن ملكي .

قالوا : هو بمنزلة خليت سبيلك . وفي «الينابيع» وألحق أبو يوسف بالخمسة ستة أخرى ، وهي الأربعة المتقدمة ، وزاد خالعتك ، والحقي بأهلك .

وقال السروجي : ينبغي أن يزاد فيها : أنت بتلة ، ولا سلطان لي عليك ، فتصير ثلاثة عشر .

وأما المدلولات ، قيل : قومي واذهبي واخرجي وتقنعي وتخمري واستبرئي والحقي وانتقلي واغربي وابتغي الأزواج ، لا نكاح بيني وبينك ، وحبلك على غاربك ووهبتك لأهلك ، وما أنا بزوج لك ، وبنت مني .

ولو قال فسخت نكاحك أو النكاح الذي بيني وبينك ، وأنا برئ من نكاحك ونجوت مني أو

تخلصت أو نزلت لك طلاقًا يقع بالنية .

وفي «التكملة» تحرمي ونوى به الطلاق كانت طلقة بائنة إذا لم ينو ثلاثًا .

وفي «المرغيناني» قال أنا براء من نكاحك يقع ، وأطلق في الكتاب وهو محمول على النية . ولو قال ابتداء وهبت لك طلاقك أو وقعت به يقع بالنية عند أبي حنيفة-رضي الله تعالى عنه- . وقال أبو يوسف هو تمليك إن نوى بها تمليكًا كان تمليكًا بلا خلاف .

وفي «الذخيرة» عن أبي يوسف إذا قال لها وهبتك لأهلك أو لأبيك أو لأمك أو لابنك أو اللأزواج فهو طلاق بالنية . و إن قال : وهبتك لأختك أو لعمتك أو لخالتك وما أشبه ذلك فليس بطلاق ،وإن نواه ، ولا يشرط القبول لوقوع الطلاق عندنا ، ولو قال : اذهبي ألف مرة ونوى به الطلاق فثلاث .

ولو قال : خذي طلاقك فقالت أخذت يقع ، كذا اخرجي إن شئت ، ونوى فقالت شئت يقع . ولو قال : تزوجي زوجًا ليحلك فهو إقرار بالثلاث .

وأما التفويضات فقوله أمرك بيدك ، والطلاق إليك - بخلاف الطلاق منك فإنه كناية يقع بالنية . وفي «البدائع» : أو أنت طالق إن شئت أو طلقي نفسك . ولو قال : لم أتزوجك أو لم تكوني بامرأة ، وما أنت بامرأة إلي ، أو نوى ، لا يقع ، وكذا لو قال له لك امرأة فقال لا لم يقع .

وأجمعوا على أنه لو قال لم أتزوجك أو لم يكن بيننا لا يقع وإن نوى ، وإن قال لا نكاح بيننا يقع إذا نوى ، قال المرغيناني : ولو قال لم يبق بيني وبينك شيء ونوى لا يقع .

وفي « الفتاوى» لم يبق بيني وبينك ونوى يقع . ولو قال لها أعرتك طلاقك ، وأنا بريء من طلاقك . أو بريت لك من طلاقك ، أو أعرضت أو صفحت عن طلاقك لا يقع ، وإن نوى .

وفي «الحاوي» قال : بريت إليك من طلاقك الأصح أنه يقع بالنية . وفي المرغيناني قال أعرتك طلاقك صار بيدها . وعن أبي حنيفة يقع . وعن محمد ولو قال : أقرضتك طلاقك يقع . ولو قال : رهنتك ، قال المتأخرون لا يقع ، وقيل يقع ، ولو قال : بعتك طلاقك فقالت : اشتريت يقع رجعيًا ، وبه قال مالك . وقال أحمد وإسحاق : لا يقع ، ونحن نعتبر بالهبة ، ولو قال : أبحتك طلاقك لا يقع ، وبمهرك بائن ، وكذا بعتك نفسك، ولو زوج امرأته من غيره لا يكون طلاقًا ، قاله أبو حامد وغيره .

وقال أبو جعفر [. . .] وأنى يقع إن نواه . ولو أراد أن يطلقها فقالت : هب لي طلاقي فقال : وهبت لا يقع ، ولو قال : أربع طرق مفتوحة لك لا يقع وإن نوى ما لم يقل : خذي أو اذهبي أيها شئت . وفي «المبسوط» اذهبي وبيعي ثوبك ونوى الطلاق لا يقع عند أبي يوسف ،

لأنها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية . قال إلا أن يكون في حال مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء ، ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن ينويه. قال -رضي الله عنه- سوى بين هذه الألفاظ ،وقال : ولا يصدق في القضاء

وعند زفر يقع ، وبه قال الشافعي ، ولو قال لآخر : أحل إليها طلاقها أو أخبرها به طلقت في الحال .

وقال في «المبسوط» : لو قال لها : أنت علي كالميتة أو كالخمر أو كلحم الخنزير ونوى الطلاق وقع ، وبه قال الشافعي . وفي الكافي قال لامرأته هذه أختي أو بنتي أو أمي من الرضاع وثبت عليه فرق بينهما . ولو قال أخطأت أو وهمت أو نسيت لم يصدق قياسًا لأنه أقر بالتحريم ويصدق استحسانًا ، لأن هذا إيجاب بالتحريم فلا يقع إلا بقرينة ، وهي الدوام بأن يقول ما قلت حق .

ولو قال طلقك الله ، أو لعبده أعتقك الله وقعا بلا نية ، وبه قال الشافعي . ولوقال طلاقك علي واجب ، وبه قال بعض أصحاب الشافعي ، وفي قوله : لازم واجب تطلق عند الجميع ، وقيل : لا يقع شيء ، وهو رواية عن أبي حنيفة -رحمه الله تعالى- وقيل يقع عند أبي حنيفة خلافًا لهما إلا في قوله : لازم ، فإنه يقع به .

وقال أكثر أصحاب الشافعي يقع بلا نية بمنزلة الصريح ، ومع النية يقع عند جميعهم ، وبه قال مالك وأحمد ، وقيل على عكسه . وقيل في قوله : واجب يقع بلا نية ، والصحيح أنه يقع في الكل ، بخلاف ما لو قال لعبده : عتقك على لازم أو واجب لا يعتق ، ولو قال لها : قولي أنا طالق تطلق إذا قالت ، وإذا لم تقل لا . ولو قال : نساء أهل الري ، أو قال نساء أهل الدنيا أو عبيد أهل الدنيا أحرار يقعان بالنية ، وبه أخذ عصام بن يوسف ، وعليه الفتوى ، وعن محمد يقعان بلا نية ، وبه أخذ الشافعي ، ولو قال : أنت طالق ونوى يقع ، وإلا فلا . ولو قال : يا طال بكسر اللام تقع بقرينة ، وهذا كله في حالة الرضاء ، وفي حالة الغضب . وفي مذاكراة الطلاق يقع ، وإن لم يذكر اللام مكسورًا .

م: **(لأنها)** ش: أي لأن هذه الألفاظ م: **(تحتمل الطلاق وغيره ، فلا بد من النية)** ش: لأجل التعيين م: **(إلا أن يكون)** ش: ، وفي بعض النسخ م: **(قال:إلا أن يكون)** ش: ، أي قال القدوري -رحمه الله تعالى- إلا أن يكون أي المتكلم بهذه الألفاظ م: **(في حال مذاكرة الطلاق)** ش: وفي بعض النسخ م: **(إلا أن يكونا)** ش: بضمير الاثنين ، أى إلا أن يكون الزوجان ، وهو استثناء من قوله وبقية الكنايات إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة إلا في حال مذاكرة الطلاق م: **(فيقع بها الطلاق في القضاء ، ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى ، إلا أن ينويه)** ش: أي الطلاق .

م: **(قال)** ش: أي المصنف -رحمه الله تعالى- م: **(سوى)** ش: أي القدوري -رحمه الله تعالى- : م: **(بين هذه الألفاظ وقال: لا يصدق في القضاء)** ش: يعني سوى القدوري بين هذه الألفاظ

إذا كان في حال مذاكرة الطلاق وهذا فيما لا يصلح ردًا ، والجملة في ذلك أن الأحوال ثلاثة حالة مطلقة ، وهي حالة الرضا وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب . والكنايات ثلاثة أقسام ما يصلح جوابًا وردًا ،وما يصلح جوابًا لا ردًا لا غير، وما يصلح جوابًا ويصلح سبًا وشتيمة ، ففي حالة الرضا لا يكون شيء منها طلاقًا إلا بالنية، والقول قوله في إنكار النية لما قلنا ، وفي حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق فيما يصلح جوابًا ولا يصلح ردًا في القضاء مثل قوله خلية وبرية بائن بتة حرام اعتدي أمرك بيدك اختاري ، لأن الظاهر أن مراده الطلاق عند سؤال الطلاق ويصدق فيما يصلح جوابًا وردًا مثل قوله :اذهبي ، اخرجي، قومي ، تقنعي، تخمري ، وما يجري هذا المجرى ؛

في وقوع الطلاق بلا نية في م: (**حال مذاكرة الطلاق وهذا**) ش: أي الذي قاله من التسوية م: (**فيما لا يصلح ردًا**) ش: إذا سوى للمرأة ثم شرع يبين تفصيل ذلك بقوله م: (**والجملة في ذلك**) ش: أي في بيان ذلك م: (**أن الأحوال ثلاثة حالة مطلقة وهي حالة الرضا**) ش: وهي حالة ابتداء الزوج بالطلاق ، وليست بحالة مذاكرة الطلاق ولا حالة الغضب م: (**وحالة مذاكرة الطلاق**) ش: وهي أن تسأل المرأة أو غيرها طلاقها زوجها م: (**وحالة الغضب**) ش: وهو الغضب من الجانبين .

م: (**والكنايات ثلاثة أقسام**) .

الأول: م: (**ما يصلح جوابًا وردًا لا غير**) ش: أي جوابًا لسؤال المرأة الطلاق وردًا لكلامها عند سؤالها .

الثاني: م: (**وما يصلح جوابًا لا ردًا**) ش: أي لا يصلح ردًا.

الثالث: م: (**وما يصلح جوابًا ويصلح سبًا وشتيمة**) ش: فإذا عرف هذا يعرف حكم هذه الأقسام م: (**ففي حال الرضا لا يكون شيء منها**) ش: أي من هذه الألفاظ م: (**طلاقًا إلا بالنية**) ش: للاحتمال وعدم دلالة الحال م: (**والقول قوله**) ش: أي قول الزوج م: (**في إنكار النية لما قلنا**) ش: إشارة إلى قوله لأنها غير متنوعة للطلاق بل يحتمله وغيره .

م: (**وفي حال مذاكرة الطلاق لم يصدق**) ش: أي الزوج م: (**فيما يصلح جوابًا ولا يصلح ردًا في القضاء**) ش: يتعلق بقوله يصدق ، أي لا يصدق قضاء في أنه لم ينو الطلاق م: (**مثل قوله خلية برية بائن بتة حرام اعتدي أمرك بيدك اختاري**) ش: هذه ثمانية ألفاظ ومثله يصلح جوابًا ولا يصلح ردًا في حال مذاكرة الطلاق ، وقد ذكرنا معانيها عن قريب م: (**لأن الظاهر أن مراده الطلاق عند سؤال الطلاق**) ش: لأن كلامه جواب لسؤالها الطلاق والسؤال يصلح مفادًا في الجواب ، والقاضي مأمور باتباع الظاهر م: (**ويصدق فيما يصلح جوابًا وردًا مثل قوله: اذهبي، اخرجى ، قومى ، تقنعي ، تخمري، وما يجري هذا المجرى**) ش: أراد ما يصلح جوابًا وردًا كالألفاظ المذكورة ، وفي قوله : اغربي واستبرئي .

لأنه يحتمل الرد وهو الأدنى فحمل عليه ، وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد والسب إلا فيما يصلح للطلاق ، ولا يصلح للرد والشتم كقوله: اعتدي واختاري ، وأمرك بيدك ، فإنه لا يصدق فيها ؛ لأن الغضب يدل على إرادة الطلاق . وعن أبي يوسف -رحمه الله - في قوله لا ملك لي عليك ، ولا سبيل لي عليك ، وخليت سبيلك ، وفارقتك ، أنه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معني السب ثم وقوع البائن بما سوى الثلاث الأول مذهبنا . وقال الشافعي -رحمه الله - : يقع بها رجعي ؛لأن الواقع بها طلاق ، لأنها كنايات عن الطلاق ؛ ولهذا تشترط النية وينتقض بها العدد .

وقال شمس الأئمة في «المبسوط» : لو قال: اذهبي ونوى به الطلاق كان طلاقًا موجبًا للبينونة ، لأنه لا يلزمها الذهاب إلا بعد زوال الملك م: **(لأنه يحتمل الرد ، وهو الأدنى فحمل عليه)** ش: أي على الأدنى ، لأن الأدني متيقن ، وذلك لأن الرد رافع ، والجواب رافع ، لأن الطلاق رافع لقيد النكاح والدفع أسهل من الرفع فيكون الرد أدنى في الجواب .

م: **(وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك)** ش: أي فيما يصلح جوابًا ولا يصلح ردًا ، وفيما يصلح جوابًا وردًا م: **(لاحتمال الرد)** ش: في السبعة المذكورة مثل اخرجي . . . إلى آخره .

م: **(والسب)** ش: أي لاحتمال السب في الخمسة المذكورة في أوائل الثمانية ، وهي خلية . . . . إلى آخره م: **(إلا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم)** ش: الاستثناء في قوله : يصدق في جميع ذلك م: **(كقوله: اعتدي ، واختاري ، وأمرك بيدك ، فإنه لا يصدق فيها)** ش: أي في هذه الثلاثة م: **(لأن الغضب يدل على إرادة الطلاق)** ش: ألا ترى أنه من قال لغيره في حالة الرضا لا يكون قاذفًا ، ولو قال حالة الغضب يكون قاذفًا .

م: **(وعن أبي يوسف في قوله: لا ملك لي عليك ، ولا سبيل لي عليك ، وخليت سبيلك، وفارقتك؛ أنه يصدق في حالة الغضب لما فيها من إحتمال معنى السب)** ش: لأن معنى لا ملك لي عليك لأنك أدون من أن تملك ومعنى لا سبيل لى عليك لسوء خلقك واجتماع أنواع الشر فيك .

ومعنى فارقتك أي في المسكن اتقاء لشرك م: **(ثم وقوع البائن بما سوى الثلاث الأول)** ش: وهي المذكورة في أول الكنايات بقوله اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة م: **(مذهبنا)** ش: وهو مذهب عامة الصحابة . كذا في الحصر ؛ منهم علي وزيد بن ثابت -رضي الله تعالى عنهما .

م: **(وقال الشافعي: يقع بها)** ش: أي بالكنايات م: **(رجعي)** ش: أي طلاق رجعي ، وهو مذهب عمر وابن مسعود -رضي الله تعالى عنهما - ، وبه قال أحمد في رواية ، وفي أخرى كقولنا ، وبه قال مالك م: **(لأن الواقع بها)** ش: أي بألفاظ الكنايات م: **(طلاق؛ لأنها كنايات عن الطلاق ، ولهذا تشترط النية)** ش: أي ولكونها كناية عن الطلاق يشترط النية في وقوع الطلاق م: **(وينتقض بها العدد)**

والطلاق معقب للرجعة كالصريح .ولنا أن تصرف الإبانة صدر من أهله مضافًا إلى محله عن ولاية شرعية ،ولا خفاء في الأهلية والمحلية ، والدلالة على الولاية أن الحاجة ماسة إلى إثباتها كيلا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عدتها بالمراجعة من غير قصد وليست بكنايات على التحقيق

ش: أي ينتقض عدد الطلاق بوقوع واحدة منها م: (**والطلاق معقب للرجعة كالصريح**) ش: أي كما هو معقب للرجعة في الطلاق الصريح .

م: (**ولنا أن تصرف الإبانة صدر من أهله**) ش: وهو الزوج ، لأنه يملك تصرف البينونة ، ولهذا إذا أخذ العوض يقع البائن بالإجماع فعلم أن الإبانة مملوكة للزوج وإلا لم يجز الاعتياض عنه م: (**مضافًا إلى محله**) ش: أي محل التصرف وهو المرأة م: (**عن ولاية شرعية**) ش: لأن الشارع جعل ولالية الطلاق وإليه م: (**ولا خفاء في الأهلية**) ش: أي في أهلية الزوج م: (**والمحلية**) ش: أي محلية المرأة للبينونة اللفظية بالاتفاق م: (**والدلالة على الولاية**) ش: وهذا جواب عما يقال لم قلتم إن له ولاية شرعية في تصرف الإبانة ؟ فأجاب بقوله والدلالة على الولاية م: (**أن الحاجة ماسة إلى إثباتها كيلا ينسد عليه باب التدارك**) ش: قال بعض الشراح أي التدارك بإيقاع الثلاث ، والأوجه ما قاله صاحب « النهاية » تدارك دفع المرأة عن نفسه ، وذلك لأنه لو لم تقع البينونة عند نيته فتثبت الرجعة والزوج يريد فراقها .

م: (**ولا يقع**) ش: بالنصب عطفًا على قوله -كيلا ينسد- م: (**في عدتها**) ش: وفي بعض النسخ في عهدتها م: (**بالمراجعة من غير قصد**) ش: فيقع في فرطها بالمراجعة إذا كانت فاجرة أو بها سلاطة ، وما رأيت شارحًا حرر هذا الموضع كما ينبغي ، غير أن الأكمل تعرض لكلام المصنف بغير جدوى ، حيث قال ما ملخصه أن ها هنا وجهين ، وأراد بهما قوله : والدلالة على الولاية -إلى قوله : التدارك- .

وقوله : -ولا يقع . . . إلى آخره -وقد جعلهما واحدًا ، لأن الأول بعينه تفسير الوجه الثاني ، وإن جعل الثاني تفسير الأول فلا يستقم ، لأن وقوع المراجعة من غير قصد لا يستقيم على مذهبه ، وإذا فسد التفسير فسد المفسر ، والحال الكلام فيه ويراد دعواه للوجهين ، لأن قوله-لا يقع . . إلى آخره -تتمة الكلام الذي قبله وإيضاح له ، وقوله : لا يستقيم ، غير مستقيم، لأن الطلاق الرجعي يعقب الرجعة ، والرجعة أعم من أن تكون بالقول أو بالفعل ووقوع نظره إلى داخل فرجها فعل منه فتقع به الرجعة .

م: (**وليست بكنايات على التحقيق**) ش: هذا جواب عن قول الشافعي أنها كنايات ، فأجاب بالمنع بأنا لا نسلم أن ألفاظ الكنايات على التحقيق ، أي على الحقيقة لأنها معلومة المعاني ، ولا استتار في حقائقها وإنما سميت كنايات مجازًا للاستتار فيما يتصل بهذه الألفاظ لا للاستتارة في

لأنها عوامل في حقائقها والشرط تعيين أحد نوعي البينونة دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة ، وإنما تصح نية الثلاث فيها لتنوع البينونة إلى غليظة وخفيفة ، وعند انعدام النية يثبت الأدنى ، ولا تصح نية الثنتين عندنا،خلافًا لزفر -رحمه الله - ؛ لأنه عدد، وقد بيناه من قبل ، وإن قال لها : اعتدي اعتدي اعتدي، وقال : نويت بالأولى طلاقًا ، وبالباقي حيضًا دين في القضاء .

نفسها ، فلما زال ذلك الاستتار بنية الطلاق عملت في حقائقها وهو معنى قوله م: (**لأنها**) ش: أي لأن الكنايات م: (**عوامل في حقائقها**) ش: لانعدام مضي التردد بنية الطلاق ، فاللفظ هو عامل في حقيقة موجبته حتى تحصل به الحرمة والبينونة .

م: (**والشرط تعيين أحد نوعي البينونة دون الطلاق**) ش: هذا جواب عن قوله ولهذا تشترط النية ، أي نية الطلاق ، تقرير اشتراط النية لو كان لأجل الطلاق كان دليلا على ما ذكرتم ، وليس كذلك ، بل هو لتعيين أحد نوعي البينونة الغليظة والخفيفة لا للطلاق ، يعني النية شرط للطلاق البائن لا للطلاق المجرد م: (**وانتقاص العدد**) ش: جواب عن قول الشافعي وينتقص به العدد ، تقرير أن انتقاص العدد من الطلاق م: (**لثبوت الطلاق**) ش: في ضمن البينونة م: (**بناء على زوال الوصلة**) ش: أي على وصلة النكاح . ومنه يلزم وقوع الطلاق ولا منافاة بين نقص العدد والطلاق البائن ، فكان النقص من حيث كونه طلاقًا بائنًا م: (**وإنما تصح نية الثلاث**) ش: هذا جواب عما يقال أن البائن لو كان عاملاً بنفسه ينبغي أن لا تصح نية الثلاث .

م: (**وإنما تصح نية الثلاث**) ش: أي ثلاث تطليقات م: (**فيها**) ش: أي في الكنايات م: (**لتنوع البينونة إلى غليظة وخفيفة**) ش: فالخفيفة هي الطلقة الواحدة البائنة والغليظة هي الطلقات الثلاث م: (**وعند انعدام النية**) ش: أي نية الثلاث م:(**يثبت الأدنى**) ش: وهي الواحدة البائنة لأنها متيقنة م: (**ولا تصح نية الثنتين**) ش: أي الطلقتين م: (**عندنا خلافًا لزفر**) ش: وبه قال الشافعي ومالك وأحمد في الكنايات الخفيفة م: (**لأنه عدد**) ش: أي لأن الثنتين عدد ، وإنما ذكر الضمير باعتبار المذكور ، أو باعتبار لفظ الخبر وهذا دليلنا ، لأن الثنتين عدد في حق الحرة .

وقوله:أنت بائن لا يحتمل العدد ، لأنه فرد إلا إذا كانت المرأة أمة لأنه جنس طلاقها م: (**وقد بيناه من قبل**) ش: يعني في أوائل باب إيقاع الطلاق ، وهو قوله ونحن نقول نية الثلاث إنما صحت لكونها جنسًا إلى آخره .

م: (**وإن قال لها اعتدي اعتدي اعتدي**) ش: أي قال الرجل لامرأته اعتدي ثلاث مرات م: (**وقال: نويت بالأولى**) ش: أي باللفظة الأولى من قوله اعتدي ثلاث مرات م: (**طلاقًا وبالباقي**) ش: وهو الثنتان الباقيان م: (**حيضًا دين في القضاء**) ش: يعني يصدق في قوله في الحكم ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد م: (**لأنه نوى حقيقة كلامه**) ش: مثل اللفظة الثانية والثالثة ، ونوى محتمل

لأنه نوى حقيقة كلامه ، ولأنه يأمر امرأته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق ، وكان الظاهر شاهدًا له، وإن قال: لم أنو بالباقيتين شيئًا فهي ثلاث ؛لأنه لما نوى بالأولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق ، فتعين الباقيتان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي النية ، بخلاف ما إذا قال: لم أنو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء ؛ لأنه لا ظاهر يكذبه، وبخلاف ما إذا قال: نويت بالثالثة الطلاق دون الأوليين حيث لا يقع إلا واحدة ولأن الحال عند الأوليين لم تكن حال مذاكرة الطلاق ،

كلامه بالأولى ، لأن لفظة اعتدي تحتمل معنيين ، أحدهما اعتدي لا في طلقتك ، والأخرى اعتدي نعمي عليك أو نعم الله تعالى عليك ، أو اعتدي خباياتك تهديدًا لها .

وفي اللفظ المحتمل لا يتعين الطلاق إلا بالنية أو بما يدل عليه من غضب أو مذاكرة الطلاق ، وها هنا قد صرح بأنه نوى الطلاق باللفظة الأولى وبالباقيتين الحيض فيصدق لما ذكرنا م: **(ولأنه)** ش: دليل آخر لتصديقه ، أي ولأن الرجل م: **(يأمر امرأته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق وكان الظاهر)** ش: أي ظاهر الحال م: **(شاهدًا له)** ش: فيما يقول .

م: **(وإن قال لم أنو بالباقيتين شيئًا فهي ثلاث)** ش: أي ثلاث طلقات م: **(لأنه لما نوى بالأولى)** ش: أي باللفظة الأولى م: **(الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق، فتعين الباقيتان للطلاق بهذه الدلالة)** ش: أي بدلالة الحال لأنها حال مذاكرة الطلاق م: **(فلا يصدق في نفي النية)** ش: أي في قوله لم أنو بالباقي شيئًا م: **(بخلاف ما إذا قال لم أنو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء لأنه لا ظاهر يكذبه ،وبخلاف ما إذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الأولين حيث لا يقع إلا واحدة ؛ لأن الحال عند الأوليين لم تكن حالة مذاكرة الطلاق)** .

ش: قال الإمام السرخسي وقاضي خان المسألة على اثني عشر وجهًا ، أحدهما ، أحدها : أن يقول: لم أنو الطلاق بشيء ، فالقول قوله مع اليمين ، وبه قال الشافعي وأحمد .

والثاني : قال نويت بالأولى ولم أنو بالباقي شيئًا فهي ثلاث .

الثالث : قال لم أنو بالثالثة شيئًا فهي ثلاث ، وفيه خلاف زفر والشافعي ومالك ، فعندهم واحدة .

الرابع : قال : نويت بكلها الطلاق فهي ثلاث بالإجماع .

الخامس : قال : نويت بالأولى والثانية الطلاق ، وبالثالثة الحيض فهو يدين قضاء أيضًا بالإجماع .[. . . . .] .

والسابع : قال: نويت بالأولى الطلاق ، وبالثالثة الحيض ، ولم أنو بالثانية شيئًا فإنها تطلق ثنتين ، وبه قال أحمد . وعن الشافعي ومالك وزفر واحدة .

وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية إنما يصدق مع اليمين لأنه أمين في الإخبار عما في ضميره والقول قول الأمين مع اليمين.

والثامن : من قال : نويت بالأولى الطلاق وبالثانية ولم أنو بالثالثة شيئًا فإنها تطلق طلقتين أيضًا .

والتاسع : أن يقول : لم أنو بالأولى والثانية شيئًا ، ونويت بالثالثة الطلاق يقع واحدة بالإجماع .

والعاشر : قال : لم أنو بالأولى شيئًا ، ونويت بالثانية طلاقًا وبالثالثة حيضًا فهي طلقة واحدة .

الحادي عشر : قال : لم أنو الأولى شيئًا ونويت بالثانية الطلاق ولم أنو بالثالثة شيئًا فهي ثنتان عندنا وعند أحمد وزفر والشافعي ومالك يقع واحدة .

والثاني عشر : لو قال : اعتدي ثلاثًا ، وقال : نويت بقولي اعتدي طلاقًا وبالثلاث ثلاث حيض فهو كما قال بالإجماع .

وزاد السرخسي الثالثة عشر : قال : اعتدي اعتدي اعتدي فنوى واحدة فهي كذلك ديانة ولا يصدق قضاء . وفي «المبسوط» قال لها : اعتدي فاعتدي أو اعتدي واعتدي ، أو قال اعتدي اعتدي ونوى به الطلاق يقع ثنتان في القضاء .

وقال زفر : تعمل نية الواحدة في القضاء . وعن أبي يوسف في قوله : اعتدي فاعتدي كذلك ، بخلاف الواو ، لأن الفاء للوصل ، فيكون معناه فاعتدي بذلك الإيقاع ، والواو للعطف ، فكان الثاني غير الأول ، وفي« مصنف» ابن أبي شيبة أن اعتدي طلقة عند ابن مسعود وعطاء ومكحول والنخعي والأوزاعي ، وقال أبو حنيفة : واحدة رجعية إذا نوى الطلاق ، وبه قال الشعبي والثوري وأحمد . وقال الحسن والشعبي هو على ما نوى إلا أن يقول لم أنو شيئًا فهي واحدة . وإن قال اعتدي اعتدي اعتدي قال قتادة : ثلاث ، وبه قال الحسن والشعبي . وقال أحمد والحكم هي واحدة . ولوقال أنت طالق يقع واحدة رجعية ، فإن قال : واعتدي ، ثنتان عندنا .

م: **(ثم في كل موضع يصدق الزوج على نفي النية)** ش: أي يصدق م: **(وإنما يصدق مع اليمين لأنه أمين في الإخبار عما في ضميره ، والقول قول الأمين مع اليمين)** ش: لنفي التهمة عنه ، وبه قال الشافعي ، وقال مالك وأحمد في الكنايات الخفية كذلك لا في الظاهر ، واشتراط اليمين لأن في قوله إلزاما على الغير وفيه ضعف ، فاحتيج إلى المؤكد وهو اليمين .

* * *

باب تفويض الطلاق

فصل في الاختيار

وإذا قال لامرأته: اختاري ،ينوي بذلك الطلاق ، أو قال لهـا: طلقي نفسك ؛فلها أن تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك ،

م: **(باب تفويض الطلاق)**

ش:أي هذا باب في بيان تفويض الطلاق إلى غيره ، ولما ذكربيان الطلاق بنفسه إذ هو الأصل شرع في بيان الطلاق بالنيابة .

م: **(فصل في الاختيار)**

ش: أي هذا فصل في بيان الاختيار ، والاختيار من الخيرة على وزن الغيبة ، وهى اسم من قولك : اختاره الله عز وجل ، وقال الجوهري الخيار اسم من الاختيار ، وقال أيضًا : الاختيار الاصطفاء، وقال تاج الشريعة اختيار الميل إلى الخير وإلى ما هو الأفضل ، والأولى . والباب المذكور يشتمل على ثلاثة فصول ، فصل في الاختيار ، وفصل في الأمر باليد ، وفصل في المشيئة، وقدم فصل الاختيار على الفصلين المذكورين لأنه يؤيد بإجماع الصحابة -رضي الله تعالى عنهم أجمعين - .

م: **(وإذاقال لامرأته اختاري)** ش: حال كونه م: **(ينوي بذلك)** ش: أي بقوله اختاري م: **(الطلاق أو قال لها: طلقي نفسك فلها أن تطلق نفسها)** ش: في الصورتين جميعًا م: **(ما دامت في مجلسها ذلك)** ش: أي الذي وقع فيه هذا القول من الرجل ، وهذا الشرط بإجماع الصحابة - رضي الله تعالى عنهم- على ما يأتي . قال الكاكي : مادامت في مجلسها ذلك يدل على أن المجلس وإن تطاول يومًا أو أكثر لا يبطل خيارها ، لأن المجلس قد يطول ، وقد يقصر ،كذا في «المبسوط» .

فإن قيل : إجماع الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - في أن الخيار يقتصر على المجلس خلاف النص ، لأنه ﷺ قال لعائشة - رضي الله تعالى عنها - حين نزلت آية التخيير : « فلا تجيبي حتى تستأمري أبويك » ، وأبواها ليسا بحاضرين في المجلس ، فهذا دليل على أن الخيار لا يبطل بالقيام عن المجلس كما قال الشافعي في القديم .

قلنا : إحسان الظن بالصحابة -رضي الله تعالى عنهم - فرض ، لأنا تلقينا الشرع منهم بالقبول فلا يجوز مخالفتهم بلا دليل . وها هنا لا دليل لأنه عليه السلام أثبت لها الخيار مطلقًا ومنعها إلى غاية استئمارها لأبويها .

فـإن قامت منه أو أخـذت في عمل آخـر خرج الأمـر من يدها لأن المخـيرة لهـا المجلس بإجمـاع الصحـابة -رضي الله عنهم أجمعين- ولأنه تمليك الفـعل منها، ولأن التمليك يقتـضي جوابًا في المجلس كما في البيع؛

م: (**فإن قـامت منه**) ش: أي من مجلسهـا م: (**أو أخذت في عـمل آخر خـرج الأمر من يدها، لأن المخيـرة لها المجلس بإجمـاع الصحابة - رضي اللـه تعالى عنهم -**) ش: فيه عن عبد الله بن مسعود، رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن ابن أبي نجيح عن مجاهد عن ابن مسعود - رضي الله تعالى عنه - قال : إذا ملكها أمرها فتفرقا قبل أن ينقضي شيء ، فلا أمر لها .

وعن جابر بن عبد الله رضي الله تعالى عنه رواه عبد الرزاق أيضًا أخبرنا ابن جريج عن ابن الزبير عن جابر بن عبد الله قال : إذا خير الرجل امرأته فلم يخير مجلسها ذلك فلا خيار لها .

وعن عـمر وعثـمان وعبد الله بن عـمرو بن العاص رواه ابن أبي شيبـة وعبـد الرزاق في «مصنفيهمـا »حدثنا المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عـمرو أن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان - رضي الله تعالى عنهما - قالا : أيما رجل ملك امرأته أمرها وخيرها ثم افترقا من ذلك المجلس فليس لها خيار ، وأمرها إلى زوجها انتهى ، وخالف الجماعة وشد الحكم وأبو ثور حيث لم يشترطا فيه المجلس ، واختاره ابن المنذر في «الأشراف» .

وفي «المغني» : لا يقتصر على مجلسهـا ذلك وإن تطاول ما لم يفسخ أو يطأها وهذا قول أحمد أيضًا .

ويروى عن علي - رضي الله تعالى عنه- وهو قول الحسن وقتادة ، وقال السروجي : وهذا الخلاف في الأمر باليد . وفي «المغني» وأكثر أهل العلم على أن الخيار على الفور ، روي ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود وجابر ، وبه قال عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبي والأوزاعي والنخعي ومالك والشافعي ،وهو قول أصحابنا . وقال الزهري وقتادة وأبو عبيد وابن المنذر : على التراخي ، وهو رواية عن مالك .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن قوله اختاري وطلقي نفسك م: (**تمليك الفعل منها**) ش: يعني لا توكيل لها ، لأن الوكيل عامل لغيره م: (**ولأن التمليك يقتضي جوابًا في المجلس**) ش: لأنه خطاب ، فإذا أخذت في عمل آخر يبطل التفويض ، وكذا لو خاضت في كلام آخر يبطل التفويض ، قال الله تعالى : ﴿ حتى يخوضوا في حديث غيره ﴾ (النساء : الآية ١٤٠) ، علم أن الخوض في عمل آخر بمنزلة الإعراض ، وليس بتوكيل ، لأن الوكيل من يعمل لغيره ، وهي عاملة لنفسها بأن تخلص نفسها عن ذل رق النكاح ، بخلاف ما لو قال لأجنبي : طلق امرأتي فإنه توكيل ، لأنه أمر لغيره .

م: (**كما في البيع**) ش: أي كما يقتضي الخطاب جوابًا في البيع ، لأن الأصل فيه خيار القبول

لأن ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة ، إلا أن المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه ، وتارة بالاشتغال بعمل آخر، إذ مجلس الأكل غير مجلس المناظرة، ومجلس القتال غيرهما،ويبطل خيارها بمجرد القيام ؛ لأنه دليل الإعراض بخلاف الصرف والسلم لأنه المفسد هناك الافتراق من غير قبض ثم لا بد من النية في قوله: اختاري ؛ لأنه يحتمل تخييرها في نفسها ، ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره ، فإن اختارت نفسها في قوله اختاري: كانت واحدة بائنة

في المجلس م: (**لأن ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة**) ش: لرفع الضرورة ، قال الحاكم الشهيد في الكافي : إذا خير الرجل امرأته فلها الخيار في ذلك المجلس ، وإن تطاول يومًا أو أكثر م: (**إلا أن المجلس**) ش: أي غير أن المجلس م: (**تارة يتبدل بالذهاب عنه**) ش: أي عن المجلس م: (**ومرة بالاشتغال بعمل آخر ، إذ مجلس الأكل غير مجلس المناظرة، ومجلس القتال غيرهما**) ش: أي غير مجلس الأكل ، وغير مجلس المناظرة .

والحاصل من هذا الكلام بيان أن انقطاع المجلس تارة يكون سببًا حسيًا وهو نحوها من ذلك المكان ، وتارة بسبب حكمي وهو اشتغالها بعمل آخر ، ألا ترى أن الرجلين إذا كانا يتناظران في مجلس يكون مجلسهما مجلس النظر ، ثم إذا اشتغلا بالأكل يكون مجلسهما مجلس الأكل ، ثم إذا اشتغلا بشيء آخر يكون مجلس ذلك الشيء .

م: (**ويبطل خيارها بمجرد القيام ، لأنه دليل الإعراض**) ش: لأنها لو اختارت لما قامت ، وكذا إذا اشتغلت بعمل آخر م: (**بخلاف الصرف والسلم [illegible]اك**) ش: أي في باب الصرف والسلم م: (**بالافتراق من غير قبض، ثم لا بد من النية**) ش: [illegible]ية الطلاق م: (**في قوله : اختاري لأنه يحتمل تخييرها في نفسها، ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره**) ش: لا شك أن الاختيار يحتمل وجوهًا أخر سوى اختيار النفس بأن يراد اختاري الكسوة أو النفقة أو الدار للسكنى ، فلا بد من نية الطلاق ليزول الاحتمال .

م: (**فإن اختارت نفسها في قوله : اختاري كانت واحدة بائنة**) ش: قال الكاكي : وهو قول علي ابن أبي طالب رضي الله تعالى عنه . وقال الشافعي وأحمد : رجعية وهو قول عمر وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما في سائر الكنايات ، وعند زيد ثلاث ، وكأنه حمل على إثم يكون من الاختيار ، وبه قال مالك وعمر وابن مسعود حملا على أدنى ما يكون منه ، وهو طلاق رجعي . وجه قول علي رضي الله تعالى عنه ، أن اختيارها لنفسها إنما يتحقق بزوال ملك الزوج حتى تصير مالكة أمر نفسها لا يختلف بالثلاث والواحدة البائنة ، ولهذا قلنا : لو نوى الثلاث بهذا اللفظ لا يقع إلا واحدة بائنة . وقال الترمذي : اختلف أهل العلم في الخيار ، فروي عن عمر بن الخطاب ، وابن مسعود أن اختيارها لنفسها طلقة بائنة ، وكذا عن علي - رضي الله تعالى عنه - واحدة بائنة ، لكن إن اختارت زوجها فواحدة رجعية ، ومثله عن زيد رضي الله تعالى عنه إلا أنه

والقياس أن لا يقع بهذا شيء ، وإن نوى الزوج الطلاق لأنـه لا يملك الإيقاع بهذا اللفظ فلا يملك التفويض إلى غيره ، إلا أنا استحسـناه لإجماع الصحابة -رضي الله عنهم- ، ولأنه بسبيل من أن يستديم نكاحها أو يفارقها

قال : إن اختارت نفسها فثلاث ، و[illegible]ه واحدة بائنة . وقال الترمذي : وذهب أكثر أهل العلم إلى قول عمر وابن مسعود من بعدهم م[illegible] أهل العلم والوقفة وهو قول الثوري والكوفيين ، وبه قال أحمد وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور [illegible]فإن طلقت نفسها ثلاثًا ، فليس للزوج أن ينكر ذلك عند مالك وأكثر أصحابه . وقال ابن جهم [illegible]سحنون : له ذلك . وقال طاووس : اختيارها نفسها ليس بطلاق ، لأن الطلاق لا يكون إلى النس[illegible] . وقال ابن عمر : ومثله قال أبو حنيفة في التخيير لا يقع به الطلاق ، وأخطأ في النقل عنه .

فإن قلت: لو قال : لها أمرك بيدك أو طلقي نفسك أو أنت بائن يصح نية الثلاث ، وها هنا لا يصح مع أن فيها لفظ الأمر ، مع أن الاختيار متنوع أيضًا ، وهو الأدنى والأعلى لما قال زيد بن ثابت .

قلت: أجاب بعضهم بأن الوقوع بلفظ الاختيار على خلاف القياس ، وإنما يثبت ذلك بإجماع الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - ، والإجماع انعقد بالطلقة الواحدة ، بخلاف تلك المسائل . قلت : فيه نظر وقوع تأمل . وأشار شيخ الإ[illegible] الأمر اسم عام يتناول كل شيء ، قال الله تعالى : ﴿ **والأمر يومئذ لله** ﴾ [illegible] فصلح اسماً لكل فعل ، فإذا نوى الطلاق صار كأنه قال طلاقك بيدك [illegible]مل العموم والخصوص . فأما اختيار اسم لفعل خاص وهو الخلوص والصفوة [illegible]ثبوت البينونة ، وفيه مقتضى الصفوة ، فلم يصح فيه العموم . ثم لو اختارت المرأة زوجها لا يقع به شيء عندنا ، وبه قال الشافعي ، وهو قول عمر بن الخطاب وابن مسعود وأبي الدرداء وغيرهم غير علي ، فقالت عائشة رضي الله تعالى عنها خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه، ولم يكن ذلك طلاقًا . وعن علي رضي الله تعالى عنه في رواية تقع رجعية، وبه قال الحسن البصري وربيعة .

م: (**والقياس أن لا يقع بهذا**) ش: أي يقتضي القياس أن لا يقع بقوله اختاري م: (**شيء**) ش: كما ذهب إليه طاووس م: (**وإن نوى الزوج الطلاق**) ش: واصل بما قبله م: (**لأنه**) ش: أي لأن الزوج م: (**لا يملك الإيقاع بهذا اللفظ**) ش: أي بقوله - اختاري - م: (**فلا يملك التفويض إلى غيره**) ش: لأن من لا يملك الشيء كيف يتصرف فيه .

م: (**إلا أنا استحسناه**) ش: أي قلنا بالاستحسان م: (**لإجماع الصحابة**) ش: رضي الله تعالى عنهم م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن الزوج م: (**بسبيل من أن يستديم نكاحها أو يفارقها**) ش: أي للزوج التصرف في امرأته إن شاء يبقيها بحسب ما يريد ، وإن شاء فارقها ولا حجر عليه

فيملك إقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم ، ثم الواقع بها بائن ؛ لأن اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها ، وذلك في البائن. ولايكون ثلاثًا وإن نوى الزوج ذلك ؛ لأن الاختيار لا يتنوع ، بخلاف الإبانة لأن البينونة قد تتنوع .قال ولابد من ذكر النفس في كلامه أو في كلامها ، حتى لو قال لها: اختاري فقالت: قد اخترت فهو باطل ؛لأنه عرف بالإجماع ، وهو في المفسرة من أحد الجانبين ، ولأن المبهم لا يصلح تفسيراً للمبهم ولا تعيين مع الإبهام .

في ذلك ، فإن كان كذلك م: (**فيملك إقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم**) ش: أراد به حكم استدامة النكاح، وحكم مفارقتها م: (**ثم الواقع بها**) ش: أي بلفظة اختاري م: (**بائن**) ش: أي طلقة بائنة م: (**لأن اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها**) ش: أي بثبوت اختصاص المرأة نفسها م: (**وذلك**) ش: أي ثبوت الاختصاص م: (**في البائن**) ش: أي في وقوع الطلقة الواحدة البائن .

م: (**ولا يكون**) ش: أي الواقع بلفظ اختاري م: (**ثلاثًا**) ش: أي ثلاث طلقات م: (**وإن نوى الزوج ذلك**) ش: أي الثلاث م: (**لأن الاختيار لا يتنوع**) ش: وفيه نظر ، لأنه الأدنى والأعلى كما قال زيد بن ثابت ، وقد مر عن قريب م: (**بخلاف الإبانة ، لأن البينونة قد تتنوع**) ش: إلى غليظة وخفيفة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ولا بد من ذكر النفس في كلامه أو كلامها ، حتى لو قال لها اختاري فقالت اخترت فهوباطل**) ش: يعني لا يقع شيء م: (**لأنه**) ش: أي لأن وقوع الطلاق بلفظ الاختيار م: (**عرف بإجماع الصحابة**) ش: رضي الله تعالى عنهم م: (**وهو في المفسرة من أحد الجانبين**) ش: من الزوج والمرأة لا في اللفظة المبهمة من الجانبين جميعًا م: (**ولأن المبهم**) ش: وهو قولها اخترت م: (**لا يصلح تفسيراً للمبهم**) ش: وهو قوله اختاري لأن كل واحد منها مبهم ليس فيه ذكر النفس م: (**ولا تعيين مع الإبهام**) ش: أي لا يتعين الطلاق مع وجود الإبهام في الجانبين ، والكلام الذي يقوم مقام النفس كالتطليقة ، والاختيار كذكر النفس .

وفي المحيط ولا بد من ذكر النفس والتطليقة ، والاختيار في أحد الكلامين ، لأن الاختيار يحتمل المعاني فلا بد له من تفسير وهو ذكر لنفسه أو ما يدل عليها ، وعند مالك والشافعي وأحمد وذكر النفس ليس بشرط ، وأما عند مالك فأي الكلام صدر منه مع النية يقع به الطلاق وإن لم يشعر به . وأما عند الشافعي وأحمد فلا بد أن يكون في كلامه أو جوابها يصرف الكلام إليه عند عدم ذكر النفس في كلامها أو جوابها ما يصرف الجواب إليه ، ولو قال اختارى فقالت فعلت لا يقع شيء ، ولو قال اختاري نفسك فقالت فعلت يقع ، ومثله في البدائع ، وزاد تكرار الاختيار في كلام الزوج ، وكذا لو قال اختاري فقالت أبي وأمي أو أهلي ، والأزواج يقع استحسانًا .

وفي «جوامع الفقه» بخلاف اخترت أختي أو عمتي أو قالت اخترت نفسي وزوجي فالعبرة

ولو قال لها اختاري نفسك فقالت اخترت تقع واحدة بائنة ، لأن كلامه مفسر ، وكلامها خرج جوابًا له فيتضمن إعادته. وكذا لو قال اختاري اختيارة فقالت قد اخترت ، لأن الهاء في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد ، والانفراد واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد أخرى فصار مفسراً من جانبه. ولو قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي يقع الطلاق إذا نوى الزوج ، لأن كلامها مفسر ، وما نواه الزوج من محتملات كلامه . ولو قال اختاري فقالت أنا أختار نفسي فهي طالق ، والقياس أن لا تطلق ، لأن هذا مجرد وعد ويحتمله ،

للسابق . وإن قالت أو زوجي أو عمي بطل . ولو قال لها اختاري فقالت طلقت نفسي تقع بائنة . وفي البدائع قال لها اختاري فقالت اخترت الطلاق يقع واحدة رجعية .

م: (**ولو قال لها اختاري نفسك فقالت قد اخترت يقع واحدة بائنة ، لأن كلامه مفسر، وكلامها خرج جوابًا له**) ش: أي لكلام الزوج م: (**فيتضمن إعادته**) ش: أي يتضمن كلام المرأة إعادة كلام الزوج ، لأن الجواب يتضمن إعادة ما في السؤال م: (**وكذا**) ش: أي وكذا تقع واحدة بائنة .

م: (**ولو قال**) ش: لامرأته م: (**اختاري اختيارة فقالت قد اخترت ، لأن الهاء**) ش: أي الهاء سماها لتصورها بصورة الهاء ، ولكونها عند الوقف م: (**في الاختيارة تنبىء عن الاتحاد والانفراد**) ش: أما الاتحاد فإنما يكون في اختيارها م: (**واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة**) ش: بأن قال لها اختاري نفسك بتطليقة م: (**ويتعدد أخرى**) ش: بأن قال لها اختاري نفسك ما شئت أو بثلاث ، وأما الانفراد فلكونها للمرأة م: (**فصار مفسراً من جانبه**) ش: بخلاف خيارها الزوج ، فإنه لا يتعدد لكونه عبارة عن إيقاع النكاح وهو غير متعدد.

وادعى الأترازي أن في كلام المصنف تناقضًا ، لأنه ذكر قبل هذا بقوله - لأن الاختيار لا يتنوع - وها هنا يشعر كلامه بأنه يتنوع ، وأجاب بعضهم بأن لا تناقض ، لأن الاختيار هنا غير الاختيار ثمة ، لأن الاختيار هنا اختيارها نفسها ، وثمة يجوز أن يكون اختيارها زوجها ، وحط الأترازي على هذا المجيب بأن الاختيار في الموضعين هو اختيارها نفسها ، فالتناقض باق ، والسياق لهذا المجيب أن يكون مراده في اختياره الذى لا يتنوع مطلق الاختيار ، وأما المقيد من أحد الجانبين فيتعدد .

م: (**ولو قال لها اختاري ،فقالت اخترت نفسي يقع الطلاق إذا نوى الزوج ، لأن كلامها مفسر ، وما نواه الزوج**) ش: أي الذي نواه الزوج وهو الطلاق م: (**من محتملات كلامه**) ش: أي كلام الزوج، لأن كلامه وهو قوله -اختاري - يحتمل الطلاق بأن يكون مراده النفس.

م: (**ولو قال لها اختاري فقالت أنا أختار نفسي فهي طالق ، والقياس أن لا تطلق ،لأن هذا**) ش: أي قول المرأة أختار نفسي م: (**مجرد وعد**) ش: إن كان مرادها بهذا الاستقبال م: (**أو يحتمله**) ش: أي أو يحتمل الوعد ، لأن الصيغة مشتركة بين الحال والاستقبال ، ولايقع الطلاق بالوعد

فصار كما إذا قال لها طلقي نفسك فقالت أنا أطلق نفسي . وجه الاستحسان حديث عائشة -رضي الله عنها- ، فإنها قالت لا بل أختار الله ورسوله، واعتبره النبي عليه السلام جوابًا منها ولأن هذه الصيغة حقيقة في الحال ، وتجوز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة وفي أداء الشهادة، بخلاف قولها أطلق نفسي لأنه تعذر حمله على الحال ؛

والاحتمال م: (**فصار هذا كما إذا قال لها طلقي نفسك ، فقالت أنا أطلق نفسي**) ش: أي فلا يقع الطلاق قياسًا واستحسانًا ، وبه قال الشافعي إلاإذا قال أردت إنشاء الطلاق ، فحينئذ يقع .

م: (**وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله تعالى عنها ، فإنها قالت لا بل أختار الله ورسوله ، واعتبره رسول الله ﷺ جوابًا منها**) ش: هذا الحديث أخرجه البخارى ومسلم عن ابن شهاب عن أبي سلمة عن عائشة قالت لما أمر رسول الله ﷺ بتخيير أزواجه بدأ بي فقال إني ذاكر لك أمراً فلا عليك أن تستعجلي حتى تستأمرى أبويك ، وقد علم أن أبواي يأمراني بفراقه ، قال إن الله تعالى قال ﴿ **يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة** ﴾ إلى قوله ﴿ **أجراً عظيمًا** ﴾ (الأحزاب : الآية ٢٨) ، فقلت ففي هذا أستأمر أبواي ، فإني أريد رسول الله ﷺ والدار الآخرة ، ثم فعل أزواج رسول الله ﷺ مثل الذى فعلت . وفي لفظ لمسلم بل أختار الله ورسوله . وروى الأئمة الستة في كتبهم عن مسروق عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه فلم يعدده علينا شيئًا . وفي لفظ لهما فلم يعد ذلك طلاقًا .

م: (**ولأن هذه الصيغة حقيقة في الحال، ويجوز في الاستقبال**) ش: قال الأترازي فيه نظر ، لأن أهل اللغة قالوا إن صيغة المضارع مشتركة بين الحال والاستقبال ، وكلامهم فيما يتعلق بالوضع والمشترك يدل على المعنيين جميعًا بسبيل الحقيقة ، لكن يترجح أحد المعنيين بالدليل ، وقد دل على إرادة الحال فيما نحن فيه انتهى .

قلت: إطلاق النظر فيه غير مسلم، لأن فيه خلافًا ، منهم من قال مثل قول المصنف، ومنهم من قال بالعكس، ومنهم من قال بالاشتراك ، وهو قول مرجوح ، لأن اللفظ إذا دار بين الاشتراك والمجاز ، فالمجاز أولى ، لأن الاشتراك مخل بالفهم . ومعنى قول المصنف رحمه الله تعالى حقيقة فى الحال يعني بحسب استعمال الشرع والعرف ، يقال فلان يختار كذا، وأنا أختار كذا ، ويقال أنا أملك كذا من العبيد وغيرها ، والمراد الحال، وأشار إلى ذلك بقوله . م: (**كما في كلمة الشهادة ، وفي أداء الشهادة**) ش: أي يدل على الحال لفظ أشهد في كلمة الشهادة ، وفي أداء الشهادة فإن لفظ أشهد فيها يدلان على الحال شرعًا ، فإن الرجل إذا قال أشهد أن لا إله إلا الله ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، يعتبر ذلك منه إيمانًا، لا وعداً بالإيمان . وكذا الشهادة إذا قال شهد بكذا فلا يعاد إلى المجاز م: (**بخلاف قولها**) ش: أي قول المرأة م: (**أنا أطلق نفسي**) ش: في الجواب عن قول الزوج اختاري م: (**لأنه تعذر حمله على الحال**) ش: لأن الطلاق ليس من عمل

لأنه ليس بحكاية عنحالة قائمة ، ولا كذلك قولها أنا أختار نفسي ،لأنه حكاية عن حالة قائمة ، وهو اختيار نفسها، ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة طلقت ثلاثًا في قول أبي حنيفة -رحمه الله - ولا يحتاج إلى نية الزوج. وقالا تطلق واحدة ، وإنما لا يحتاج إلى نية الزوج لدلالة التكرار عليه ، إذ الإختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر لهما أن ذكر الأولى وما يجري مجراه وإن كان لا يفيد من حيث الترتيب ، ولكن يفيد من حيث الإفراد فيعتبر فيما يفيد

القلب ، بل إيجاب وإيقاع بنفس هذه الصيغة لأنه إخبار عن معنى ثابت ، وهو قوله م: **(لأنه ليس حكاية عن حالة قائمة)** ش: أى ثابتة ، لأن الطلاق يتعلق بالصيغة لا بالقلب ، كما ذكرنا ، ولهذا لو أراد الطلاق في قلبه لا تطلق . م: **(ولا كذلك)** ش: أطلق نفسي مثلم: **(قولها أنا أختار نفسي)** ش: أي ليس مثل قولها أطلق نفسي مثل قولها أنا أختار نفسي ، م: **(لأنه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيار نفسها)** ش:لأن الاختيار من عمل القلب ، فيكون الذكر باللسان حكاية عن أمر قائم .

م: **(ولو قال لها اختارى اختارى اختارى ، فقالت قد اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة طلقت ثلاثًا في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ولا يحتاج إلى نية الزوج)** ش: ولا إلى ذكر النفس م: **(وقالا)** ش: أي أبي يوسف ومحمد وبه قال الشافعي م: **(تطلق واحدة)** ش: أي طلقة واحدة م: **(وإنما لا يحتاج إلى نية الزوج لدلالة التكرار عليه)** ش: أي على الطلاق م: **(إذ الاختيار في حق الطلاق، هو الذي يتكرر)** ش: دون اختيار الزواج .

م: **(لهما)** ش: أي لأبي يوسف ومحمد م: **(أن ذكر الأولى وما يجرى مجراه)** ش: أراد به الوسطى والأخيرة والضمير في مجراه رجع إلى ذكر الأولى م: **(وإن كان لا يفيد من حيث الترتيب ولكن يفيد من حيث الإفراد فيعتبر فيما يفيد)** ش: أي في الإفراد فيبقى الإفراد ، فكأنها قالت اخترت التطليقة الأولى ، لأن معنى قولها اخترت اخترت ما صار إلي بالكلمة الأولى ، والذي صار إليها بالكلمة الأولى تطليقة ، فكأنها صرحت بذلك ، وفي ذلك يقع واحدة ، فكذا هنا ، وهذا لأن الأولى تأنيث الأول ، وهو اسم لفرد سابق ، والوسطى تأنيث الأوسط ، وهو اسم لفرد تقدم عليه مثلما تأخر ، والأخيرة اسم لفرد لاحق ، فكان لقولها معنيان الفردية والسبق ، فلو بطل معنى السبق الذي يقتضي الترتيب بالاتفاق ، فبقي الفرد ، فصار كقوله اخترت تطليقة الأولى ، فوقعت واحدة .

فإن قلت : ينبغي أن يقع هنا شيء ، لأنه لا يقع شيء بلفظ اخترت بدون ذكر النفس أو ما يقوم مقامها .

قلت هذا إذا لم يكن في لفظ الزوج ما يدل على تخصيص الطلاق ، وهنا ما يدل عليه ، وهو تكرار لفظ الاختيار .

وله أن هذا الوصف لغو ؛ لأن المجتمع في الملك لا ترتيب فيه ، كالمجتمع في المكان، والكلام في الترتيب ، والإفراد من ضروراته ، فإذا لغا فى حق الأصل ، لغا فى حق البناء. ولو قالت: اخترت اختيارة فهي ثلاث في قولهم جميعًا ؛ لأنها للمرة ، فصار كما إذا صرحت بها . ولأن الاختيارة للتأكيد ،وبدون التأكيد تقع الثلاث فمع التأكيد أولى . ولو قالت : قد طلقت نفسي أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة تملك الرجعة ، لأن هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة ،

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى م: (**أن هذا**) ش: إشارة إلى ذكر الأولى والوسطى والأخيرة م: (**الوصف لغو**) ش: أي وصف لغو م: (**لأن المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان**) ش: فإن القوم إذا اجتمعوا في مكان لا يقال هذا أول وهذا آخر ، وإنما الترتيب في فعل الأعيان ، يقال هذا جاء أولاً وهذا جاء آخراً م: (**والكلام في الترتيب**) ش: وهو الأول [. . .] م: (**والإفراد من ضروراته**) ش: أي من ضرورات الكلام .

م: (**فإذا لغا**) ش: أي الكلام م: (**في حق الأصل**) ش: وهو الترتيب م: (**لغا في حق البناء**) ش: وهو الإفراد ، لأن الترتيب فيه أصل ، بدلالة الاشتقاق . وإذا لغا في حقها بقي قولها : اخترت ، وهو يصلح جوابًا للكل ، فيقع الثلاث ، قيل : فيه نظر من وجهين ، أحدهما : أنه أطلق الكلام على الأولى والوسطى والأخيرة ، وكل مفرد فلا يكون كلاماً ، والثاني أن الأولى اسم لفرد سابق ، فكان الإفراد أصلا والترتيب بناء لكونه يفهم من وصفه . والجواب عن الأول أن أهل اللغة ربما يطلقون الكلام على المركب من الحروف المسموعة المتميزة ، وإن لم يكن مفيداً ، وهذا على ذلك الاصطلاح ، ويجوز أن يكون مجازًا من باب ذكر الكل وإرادة الجزء .

وعن الثاني بأن كلاً من ذلك صفة ، وما ذكر عن ذات باعتبار معنى ، فيكون الأولى دالة على الفرد السابق ، ومعنى السبق هو المقصود .

م: (**ولو قالت اخترت اختيارة ، فهي ثلاث في قولهم جميعاً**) ش: يعني لو قالت المرأة : اخترت اختيارة في جواب قول الرجل اختاري اختاري اختاري فهي ثلاث طلقات في قول أبي حنيفة وصاحبيه م: (**لأنها**) ش: أي لأن لفظ اختيارة م: (**للمرأة ، فصار كما إذا صرحت بها**) ش: أي بالمرة بأن قالت اخترت نفسي مرة في جواب قوله اختاري ثلاث مرات ، فكذا إذا ذكرت اللفظ الذي يدل على المرة .

م: (**ولأن الاختيارة للتأكيد**) ش: لكونه مصدراً م: (**وبدون التأكيد تقع ثلاثاً ، فمع التأكيد أولى**) ش: بأن يقع الثلاث م: (**وكما لو قالت قد طلقت نفسي أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة**) ش: أي فهي طلقة واحدة م: (**تملك الرجعة ، لأن هذا اللفظ يوجب الانطلاق**) ش: أي البينونة م: (**بعد انقضاء العدة**) ش: لكونه من ألفاظ الصريح ، وما يوجب البينونة بعد انقضاء العدة كان عند الوقوع رجعياً .

فكأنها اختارت نفسها بعد العدة .وإن قال لها: أمرك بيدك في تطليقة، أو اختاري تطليقة ، فاختارت نفسها فهي واحدة تملك الرجعة؛ لأنه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة.

فإن قيل : إذا لا يكون الجواب مطابقاً للتفويض ، لأن المفوض إليها الاختيار ، وهو يفيد البينونة .

أشار إلى الجواب بقوله م: (**فكأنها اختارت نفسها بعد العدة**) ش: فكان مطابقاً من حيث أن الاختيار وجد منها ، قيل قوله يملك الرجعة غلط وقع من الكاتب ، لأن المرأة إنما تتصرف حكماً للتفويض ، والتفويض بتطليقة بائنة لكونه من الكنايات ، فتملك الإبانة لا غير ، والأصح أن الرواية فهي واحدة لا يملك الرجعة ، لأن روايات« المبسوط» و«الجامع الكبير» ،و« الزيادات» وعامة نسخ «الجامع الصغير» ، هكذا سوى «الجامع الصغير» لصدر الإسلام ،فإنه ذكر فيه مثل ما ذكر في الكتاب . قلت فعلى هذا ينبغي أن يكون المذكور في «الجامع الصغير» لصدر الإسلام سهواً أيضاً من الكاتب ، ويمكن أن يحمل على تعدد الرواية ، فيتفق الكل .

م: (**وإن قال لها أمرك بيدك في تطليقة أو اختاري تطليقة ، فاختارت نفسها فهي واحدة تملك الرجعة ؛ لأنه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبه للرجعة**) ش: قيل : لو كان كذلك كان قوله هذا بمنزلة قوله طلقي نفسك ، وقد مر أن قولها : اخترت لا يصلح جواباً ، لقوله طلقي نفسك . وأجيب : بأن آخر كلامه لما صار تفسيراً للأول كان العامل هو المفسر والمفسر هو الأمر باليد والتخيير ، وقولها اخترت يصلح جواباً له كذا في «جامع» قاضي خان .

* * *

فصل في الأمر باليد

وإن قال لها :أمرك بيدك ينوي ثلاثًا فقالت: قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث؛ لأن الاختيار يصلح جوابًا للأمر باليد لكونه تمليكًا كالتخيير والواحدة صفة الاختيار ، فصارت كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة ، وبذلك يقع الثلاث . ولو قالت قد طلقت نفسي واحدة ، أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة ؛ لأن الواحدة نعت لمصدر محذوف ، وهو في الأولى الاختيارة ، وفي الثانية التطليقة إلا

م: (**فصل في الأمر باليد**)

ش: فصل الأمر باليد عن فصل الاختيار ، لأن ذلك مؤيد بإجماع الصحابة -رضي الله تعالى عنهم - أجمعين .

م: (**وإذا فال لها: أمرك بيدك**) ش: وهذه من مسائل «الجامع الصغير» م: (**ينوي ثلاثاً**) ش: أي حال كونه ينوي ثلاث تطليقات قيد بثلاث ، لأنه لم ينو ثلاثاً يقع واحدة بائنة عندنا ، ورجعية عند الشافعي وأحمد وعند أبي ليلى ومالك يقع ثلاث ولا يصدق قضاء إذا نوييواحدة ، وكذا الخلاف لو نوى الطلاق فقط ، ولو نوى ثنتين يقع واحدة عندنا خلافًا لمالك والشافعي وأحمد م: (**فقالت قد اخترت**) .

ش:وفي بعض النسخ اخترت بدون لفظ قد م: (**نفسي بواحدة**) ش: أي بطلقة واحدة م: (**فهي ثلاث**) ش: أي بلا خلاف بين الأئمة الأربعة م: (**لأن الاختيار**) ش: أي قولها اخترت نفسي م: (**يصلح جواباً للأمر باليد**) ش: أي لقوله : أمرك بيدك م: (**لكونه**) ش: أي لكون قوله أمرك بيدك م: (**تمليكاً**) ش: لأنه مالك لأمرها فيملكها ما هو مملوك له ، فيصح قياسًا واستحسانًا م: (**كالتخيير**) ش: أي كما في قوله لها اختاري تمليك لها م: (**والواحدة**) ش: أي الواحدة التي في قولها اخترت نفسي بواحدة . وهو مبتدأ ، وهو قوله م: (**صفة الاختيار**) ش: خبره ، أي صفة الاختيار المقدرة، لأن الواحدة صفة فلا بد لها من موصوف ، وهو لفظ الاختيار ، والتقدير اخترت نفسي باختيارة واحدة م: (**فصارت كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة ، وبذلك**) ش: أي بقوله مرة واحدة م: (**يقع الثلاث**) ش: لأنها إنما تصير مختارة بمرة واحدة ، وإذا وقع الثلاث ويجيء مزيد الكلام فيه .

م: (**ولو قالت قد طلقت نفسي واحدة أو اخترت**) ش: أي أو قالت اخترت م: (**نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة**) ش: وهاتان المسألتان جوابهما واحد ، ثم علل ما ذكره من المسائل بقوله م: (**لأن الواحدة نعت لمصدر محذوف ، وهو**) ش: أي المصدر المحذوف م: (**في الأولى**) ش: أي في الصورة الأولى أو في المسألة الأولى ، وهو قولها اخترت نفسي بواحدة ، أي باختيارة واحدة م: (**الاختيارة ، وفي الثانية التطليقة**) ش: هو قولها قد طلقت نفسي بواحدة ، أي بتطليقة واحدة م: (**إلا**

أنها تكون بائنة ، لأن التفويض في البائن ضرورة ملكها أمرها،وكلامها خرج جوابًا له فتصير الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الإيقاع، وإنما تصح نية الثلاث في قوله: أمرك بيدك؛ لأنه يحتمل العموم والخصوص ، ونية الثلاث نية التعميم ، بخلاف قوله: اختاري، لأنه يحتمل العموم ، وقد حققناه من قبل . ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل ، ولو ردت الأمر في يومها بطل أمر ذلك اليوم وكان الأمر بيدها بعد غد ، لأنه صرح بذكر الوقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله الأمر؛ إذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل ، فكانا أمرين ، فبرد أحدهما لا يرتد الآخر .

أنها) ش: أي إلا أن التطليقة الواحدة م: (**تكون بائنة ، لأن التفويض في البائن**) ش: أي لأن التفويض كائن في البائن ، فقوله في البائن خبر أن م: (**ضرورة ملكها أمرها**) ش: أي لضرورة أنه ملكها أمرها ، فإن تمليكها إياها أمرها يقتضي البينونة لكون الأمر باليد من ألفاظ الكناية .

م: (**ولكلامها**) ش: أي وكلام المرأة م: (**خرج جوابًا له**) ش: أي للتفويض أو الكلام الزوج م: (**فتصير الصفة المذكورة في التفويض**) ش: يعني البينونة في التفويض م: (**مذكورة في الإيقاع**) ش: أي في إيقاع المرأة ، لكون كلامها مطابقًا لكلامه ، م: (**وإنما تصح نية الثلاث**) ش: أشار به إلى الفرق بين الأمر باليد والاختيار ، حيث يصح في الأول نية الثلاث ، ولا يصح في الثاني ، فقال: إنما تصح نية الثلاث م: (**في قوله: أمرك بيدك ، لأنه**) ش: أي لأن أمرك بيدك م: (**يحتمل العموم والخصوص**) ش: فالعموم في الثلاث ، والخصوص في واحدة ، لأن الأمر اسم عام يصلح اسماً لكل فعل ، فإذا سوى الطلاق صار كناية عن قوله: طلاقك بيدك، والطلاق مصدر يحتمل العموم والخصوص .

م: (**ونية الثلاث نية التعميم ، بخلاف قوله: اختاري ؛ لأنه يحتمل العموم**) ش: لأن الاختيار هو الخصوص ، وإنه لا يتنوع ، وقد مر فيما مضى ، أشار إليه بقوله م: (**وقد حققناه من قبل**) ش: أشار به إلى ما ذكره في فصل الاختيار ، بقوله إذ الاختيار لا يتنوع .

م: (**ولو قال لها: أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل**) ش: حتى لو اختارت في الليل لا يقع شيء م: (**ولو ردت الأمر في يومها بطل أمر ذلك اليوم ، وكان الأمر بيدها بعد غد ، لأنه صرح بذكر الوقتين**) ش: يعني اليوم وبعد غد ،م: (**بينهما وقت من جنسهما**) ش: يعني الغد م: (**لم يتناوله الأمر**) ش: فإنها لو اختارت نفسها في الغد لا تطلق م: (**إذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناوله الليل**) ش: هذا دليل قوله لم يدخل في الليل ، وفيه تلبيس ، وإن كان ظاهراً م: (**فكانا أمرين**) ش: أي فكان الوقتان اللذان بينهما وقت فاصل أمرين م: (**فبرد أحدهما لا يرتد الآخر**) ش: يعني إذا ارتد الأمر في اليوم لا يكون ذلك ردًا فيما بعد .

وقال زفر -رحمه الله- : هما أمر واحد بمنزلة قوله أنت طالق اليوم وبعد غد. قلنا الطلاق لا يحتمل التأقيت ، والأمر باليد يحتمله ، فيتوقت الأمر بالأول ، ويجعل الثاني أمرًا مبتدأ . ولو قال أمرك بيدك اليوم وغدًا يدخل الليل في ذلك ، فإن ردت الأمر في يومها لا يبقى الأمر في يدها في الغد ، لأن هذا أمر واحد ؛ لأنه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام ،وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع ، فصار كما إذا قال أمرك بيدك في يومين.

وعن أبي حنيفة -رحمه الله-

م: (**وقال زفر هما**) ش: يعني الأمر الذي بيدها اليوم ، والأمر الذي بيدها غدًا م: (**أمر واحد**) ش: لأنها إذا ردت الأمر في اليوم لا يبقى الأمر بعدها في الغد أيضًا ، وذلك م: (**بمنزلة قوله أنت طالق اليوم وبعد غد**) ش: تكون طلقة واحدة لاثنتين ، لكون أحدهما معطوفًا على الآخر من غير تكرار لفظ الأمر .

م: (**قلنا: الطلاق لا يحتمل التأقيت**) ش: فكان الطلاق اليوم طلاقًا غدًا وبعد غد وغيره م: (**والأمر باليد يحتمله**) ش: أي يحتمل التأقيت م: (**فيتوقت الأمر بالأول**) ش: أي لكون الأمر موقتًا بالوقت الأول ، وهو اليوم ، حتى يخرج ذلك بمجيء الليل م: (**ويجعل الثاني**) ش: أي الوقت الثاني ، وهو قوله وبعد غدم: (**أمرًا مبتدأ**) ش: أي أمر آخر ابتداء ، وقال الشيخ أبو المعين النسفي في « شرح الجامع الصغير والكبير » : ذكر إبراهيم بن رستم ، أنه لو قال أنت طالق اليوم وغدًا طلقت واحدة . ولو قال أنت طالق اليوم وبعد غد طلقت طلاقين ، فعلى هذه الرواية لا يصح قياس زفر مسألة الأمر باليد على مسألة الطلاق .

م: (**ولو قال أمرك بيدك اليوم وغدًا يدخل الليل في ذلك**) ش: لأن الليل المتوسط يدخل تحت الأمر م: (**فإن ردت الأمر في يومها لا يبقي الأمر في يدها في الغد ، لأن هذا أمر واحد ، لأنه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين**) ش: وهذا اليوم والغد م: (**وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل**) ش: أي يدخل من قولك زحمت على القوم للمجلس ، وكون الغد قريبًا إذا دخلت عليهم هذا لبيان الليل المتخلل بين اليوم و الغد لا يكون قاطعًا للمجلس ، وكون الغد قريبًا من اليوم حيث لم يدخل بينهما زمان قاطع ، فلم يجعلهما كما لو قتل ، فكان الغد ملحقًا باليوم ، لأن الأصل في العطف وقوع الشركة فيهما فيما تم به المعطوف عليه من غير أن يتفرد العطف بخبر آخر .

م: (**ومجلس المشورة لا ينقطع**) ش: الواو للحال والمشورة ، بفتح الميم وضم الشين المعجمة المشورى وجاء فيها فتح الميم وسكون الشين م: (**فصار كما إذا قال أمرك بيدك في يومين**) ش: حيث يدخل الليل فيهما .

م: (**وعن أبي حنيفة - رحمه الله تعالى -**) ش: رواية أبي يوسف عنه في «الأمالي» وكذا قال

أنها إذا ردت الأمر في اليوم لها أن تختار نفسها غداً ، لأنها لا تملك رد الأمر كما لا تملك رد الإيقاع . وجه الظاهر أنها إذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد ، فكذا إذا اختارت زوجها برد الأمر؛لأن المخير بين الشيئين لا يملك إلا اختيار أحدهما . وعن أبي يوسف-رحمه الله - أنه إذا قال أمرك بيدك اليوم ، وأمرك بيدك غداً أنهما أمران لما ذكر لكل وقت خبراً على حدة، بخلاف ما تقدم . وإن قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان ، فقدم فلان ولم تعلم بقدومه حتى جن الليل ، فلا خيار لها ؛لأن الأمر اليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار ، وقد حققناه من قبل ، فيتوقت به ثم ينقضي بانقضاء وقته .

شمس الأئمة السرخسي في « المبسوط » : م: (**أنها إذا ردت الأمر في اليوم لها أن تختار نفسها غداً ؛ لأنها لا تملك رد الأمر كما لا تملك رد الإيقاع**) ش: بيانه أن الزوج لو قال لها طلقتك يقع الطلاق، ولا تملك المرأة رد الإيقاع ، فكذلك لا تملك رد الأمر باليد م: (**ووجه الظاهر أنها إذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد ، فكذا إذا اختارت زوجها برد الأمر**) ش: لأنها خيرت بين شيئين اختيارها نفسها واختيار زوجها ، فإذا اختارت نفسها اليوم خرج الاختيار من يدها في الغد م: (**وذلك لأن المخير بين شيئين لا يملك إلا اختيار أحدهما**) ش: لأنه لا يملكها جميعاً بل يملك أحدهما .

م: (**وعن أبي يوسف أنه إذا قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غداً أنهما أمران لما ذكر لكل وقت خبراً على حدة**) ش: حتى إذا ردت الأمر اليوم كان لها أن تختار نفسها غداً ، لأنه لما ذكر لكل وقت خبر عرف أنه لم يرد اشتراك الوقتين في خبر الواحد .

وقال شمس الأئمة : هذه هي الرواية الصحيحة ، وجعل قاضي خان هذه الرواية، أصل الرواية ولم يذكر خلاف أحد م: (**بخلاف ما تقدم**) ش: أراد به قوله أمرك بيدك اليوم وغداً يفي أن التكرار في الاختيار لم يوجد فلم يتجدد الأمر .

م: (**إن قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان ولم تعلم بقدومه حتى جن الليل**) ش: أي أظلم، يقال له جن عليه الليل جنوناً ، ويقال واجنه الليل وأجنه بمعنى ، وإجنان الليل ادلهامه ، وقال ابن السكيت : ويروى جنون الليل ، أي سده ما يستره من ظلمته م: (**فلا خيار لها ؛ لأن الأمر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به**) ش: أي بالأمر باليد م: (**على بياض النهار**) ش: فحينئذ لا يبقى لها الخيار بعد الغروب لانقضاء مدة الأمر .

وقال الرافعي : إذا قال أنت طالق يوم يقدم فلان ، فقدم ليلاً لا تطلق ، ومنهم من حكم بوقوعه وحمل اليوم على مطلق الزمان كقولنا ، وإذا لم يعلم بقدومه حتى جن الليل خرج وقت خيارها فلا يبقى بعده م: (**وقد حققناه من قبل**) ش: أي في آخر فصل إضافة الطلاق إلى الزمان م: (**فيتوقت به**) ش: أي فيتوقت الأمر باليد ببياض النهار م: (**ثم ينقضي بانقضاء وقته**) ش: أي ثم

وإذا جعل أمرها بيدها أو خيرها فمكثت يومًا لم تقم فالأمر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر ، لأن هذا تمليك التطليق منها ؛لأن المالك من يتصرف برأي نفسه ، وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس ، وقد بيناه من قبل . ثم إذا كانت تسمع فيعتبر مجلسها ذلك ، وإن كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر إليها ؛لأن هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف على ما رواء المجلس ولا يعتبر مجلسه؛ لأنه لازم في حقه ، بخلاف البيع ، لأنه تمليك محض لا يشوبه التعليق. وإذا اعتبر مجلسهما فالمجلس تارة يتبدل بالتحول ، ومرة بالأخذ في عمل آخر على ما بيناه في الخيار، ويخرج الأمر من يدها بمجرد القيام ؛لأنه دليل الإعراض ، إذ القيام يفرق الرأي بخلاف ما إذا مكثت يومًا لم تقم ولم تأخذ في عمل

ينقضي وقت الأمر باليد بانقضاء بياض النهار .

م: (**وإذا جعل أمرها بيدها**) ش: يعني إذا قال أمرك بيدك م: (**أو خيرها**) ش: أي أو قال لها اختاري نفسك م: (**فمكثت يومًا لم تقم فالأمر في يدها**) ش: يعني فلها الخيار في المجلس م: (**ما لم تأخذ في عمل آخر**) ش: لأن الأخذ في عمل آخر دليل الإعراض م: (**لأن هذا**) ش: أي جعل الأمر باليد م: (**تمليك التطليق منها**) ش: أي من المرأة ، وليست بإبانة م: (**لأن المالك من يتصرف برأي نفسه، وهي**) ش: أي المرأة م: (**بهده الصفة**) ش: أي بتصرف معرفته برأي نفسها م: (**والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه من قبل**) ش: يعني في فصل الاختيار في قوله التمليكات تقتضي جوابًا في المجلس كما في البيع .

م: (**ثم إن كانت تسمع**) ش: يعني هذا الذي ذكرنا فيها إذا كانت المرأة حاضرة تسمع م: (**فيعتبر مجلسها ذلك ، وإن كانت غائبة لا تسمع فمجلس علمها**) ش: أي فيعتبر حينئذ مجلس علمها م: (**وبلوغ الخبر إليها لأن هذا**) ش: أي الأمر باليد م: (**تمليك فيه معنى التعليق**) ش: لأنه تعليق بالطلاق باختيارها نفسها م: (**فيتوقف على ماوراء المجلس ولا يعتبر مجلسه**) ش: أي مجلس الزوج حتى إذا قام بعد أن جعل إليها الأمر لا يبطل خيارها .

م: (**لأنه**) ش: أي لأن التعليق م: (**لازم في حقه**) ش: ولهذا ليس له أن يرجع ويفسخ الخيار م: (**بخلاف البيع**) ش:حيث يعتبر مجلس البائع والمشتري ، حتى أنه أيهما قام عن المجلس قبل قبول الآخر بطل البيع م: (**لأنه**) ش: أي : لأن البيع م: (**تمليك محض لا يشوبه التعليق**) ش: وبهذا إذا رجع أحدهما عن كلامه قبل قبول الآخر فله ذلك .

م: (**وإذا اعتبر مجلسهما فالمجلس تارة يتبدل بالتحول**) ش: إلى مجلس آخر م: (**ومرة بالأخذ في عمل آخر، على ما بيناه في الخيار**) ش: وهو قوله أن مجلس الأكل غير مجلس المناظرة ، ومجلس القتال غيرهما م: (**ويخرج الأمر من يدها بمجرد القيام لأنه دليل الإعراض ، إذ القيام يفرق الرأي بخلاف ما إذا مكثت يومًا ولم تقم**) ش: أي حال كونها لم تقم عن مجلسها م: (**ولم تأخذ في عمل**

آخر ؛لأن المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى إلى أن يوجد ما يقطعه أو يدل على الإعراض ، وقوله: مكثت يومًا ليس للتقدير به، وقوله ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف أنه قطع لما كان فيه ، لا مطلق العمل .

آخر ، **لأن المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى**) ش: أي المجلس م: (**إلى أن يوجد ما يقطعه أو يدل على الإعراض**) ش: وقطع المجلس بقيامها عنه ، والإعراض يأخذها في عمل آخر ، سواء كان دينيًا أو دنياويًا ، وكان القياس أن يكون لها الخيار أبداً لإطلاق الأمر ، ولكنه ترك وأخذ بالاستحسان لإجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم بقولهم للمخيرة المجلس .

م: (**وقوله**) ش: أي قول« الجامع الصغير» م: (**مكثت يومًا ليس للتقدير به**) ش: أي ليس لتقدير الخيار باليرم بل المراد منه المكث الدائم ، سواء كان قليلا أو كثيرًا ، ما لم يوجد ما يدل على الإعراض ، وفي « المغني » للحنابلة : الأمر باليد لا يقتصر على المجلس بقول علي - رضي الله تعالى - عنه حتى الكل ، وقال ابن قدامة : لا تعرف له مخالفًا في ذلك ، فيكون إجماعًا ، ولأنه توكيل في الطلاق فيكون على التراخي كما لو جعله في يد أجنبي .

قلت : دعواه الإجماع غير صحيح ؛ لأن قول جماعة من الصحابة والتابعين رضي الله تعالى عنهم أن لها الخيار ما دامت ؛ فمن الصحابة رضي الله تعالى عنهم عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله بن مسعود وجابر وغيرهم - رضي الله تعالى عنهم - ومن التابعين : إبراهيم ، ومجاهد ، وعطاء ، وعمرو بن دينار ، وطاووس ، والشعبي ، وأحرز ذلك كله ابن أبي شيبة في « مصنفه » .

وقال أصحابنا : هم إجماع الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - وعدم علمه مخالفًا لعلي- رضي الله تعالى عنه- لا يستلزم عدم علم غيره ؛ لأن إجماع الصحابة - رضي الله تعالى عنهم- إلى خلاف ذلك مع عدم شهرة ما نسب إلى علي - رضي الله تعالى عنه - وقوله أنه توكيل غير صحيح ، لأنه تمليك عند الأئمة ، وقوله كما لو جعله في يد أجنبي باطل ، لأنه يقتصر على المجلس في الأجنبي أيضًا ، إلا إذا كان وكيلا عنه .

م: (**وقوله**) ش: أي قول محمد - رحمه الله تعالى - م: (**ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف به أنه قطع لما كان فيه**) ش: أي قطع المجلس الذي كان المجلس واقعًا فيه ذكر الشيء ، واللام في لما زائدة ، كما في قوله تعالى ﴿ ردف لكم ﴾ (النمل : الآية ٧٢) أي ردفكم م: (**لا مطلق العمل**) ش: أي ليس مراد محمد مطلق العمل ، حتى لو لبست ثيابها من غير قيام أو أكلت أو شربت أو قرأت قليلا من القرآن أو ما أشبه ذلك ، ما هو من عمل الفرقة ، فكانت هي على خيارها ، وهذا كما يكون في قوله أمرك بيدك ، يكون في قوله اختاري ، وفي قوله طلقي نفسك .

ولو كانت قائمة فجلست فهي على خيارها؛ لأنه دليل الإقبال فإن القعود أجمع للرأي ، وكذا إذا كانت قاعدة فاتكأت أو متكئة فقعدت ؛ لأن هذا انتقال من جلسة إلى جلسة ، فلا يكون إعراضًا كما إذا كانت محتبية ، فتربعت . قال -رضي الله عنه-: وهذا رواية « الجامع الصغير » ، وذكر في غيره أنها إذا كانت قاعدة فاتكأت ، لا خيار لها ؛ لأن الاتكاء إظهار التهاون بالأمر ، فكان إعراضًا ، والأول هو الأصح ، ولو كانت قاعدة فاضطجعت ، ففيه روايتان عن أبي يوسف-رحمه الله-. ولو قالت: ادع أبي أستشيره أو شهودًا أشهدهم فهي على خيارها ؛ لأن الاستشارة لتحري الصواب والإشهاد للتحرز عن الجحود والإنكار ، فلا يكون دليل الإعراض

م: (**ولو كانت قائمة فجلست فهي على خيارها ؛ لأنه دليل الإقبال ، فإن القعود أجمع للرأي**) ش: للتمكن منه م: (**وكذا إذا كانت قاعدة فاتكأت أو متكئة**) ش: أي أو كانت متكئة م: (**فقعدت، لأن هذا انتقال من جلسة إلى جلسة فلا يكون إعراضًا كما إذا كانت محتبية فتربعت**) ش: يقال احتبى الرجل إذا جمع ظهره وساقيه بعمامة أو يديه .

م: (**قال**) ش: أي المصنف - رحمه الله تعالى - : م: (**هذا**) ش: أي هذا الذي قلنا من كونها على خيارها فيما إذا كانت قاعدة فاتكأت م: (**رواية « الجامع الصغير »**) ش: لأن الاتكاءة نوع جلسة ، فكأنها كانت متربعة ، فاجتبأت أو كانت مجتبئة فتربعت م: (**وذكر في غيره**) ش: أي في غير« الجامع الصغير» ، وهي رواية الأصل م: (**أنها إذا كانت قاعدة فاتكأت لا خيار لها؛ لأن الاتكاء إظهار التهاون بالأمر ، فكان إعراضًا**) .

ش:وذكر المرغيناني : لو كانت قاعدة فاتكأت ، قال الحلواني : لا يبطل خيارها في ظاهر الرواية .

وفي « الذخيرة » عن أبي يوسف يبطل م: (**والأول هو الأصح**) ش: أي رواية « الجامع الصغير » أصح من رواية غيره .

م: (**ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن أبي يوسف**) ش: في رواية الحسن بن زياد عنه ، قال لا يبطل خيارها . وفي رواية الحسن بن أبي مالك : ويبطل ، وبه قال زفر، وفي «المحيط» وهو ظاهر الرواية .

م: (**ولو قالت: ادعو أبي**) ش: أي لو قالت المرأة لخادمها أو لأحد ادع أبي ، أي اطلبه م: (**استشره**) ش: أي : اطلب منه الرأى في أمري م: (**أو شهودًا**) ش: أي أو قالت ادع لي شهودًا م: (**أشهدهم فهي على خيارها ، لأن الاستشارة لتحري الصواب والإشهاد للتحرز عن الجحود والإنكار ، فلايكون دليل الإعراض**) ش: الأشياء دلالة على الإعراض ؛ لأنها من إثبات الاختيار .

وفي « الذخيرة »والمرغيناني إن لم تجد أحدًا يدعو لها الشهود فقامت بنفسها ولم تنتقل

وإن كانت تسير على دابة أو في محمل فوقفت فهي على خيارها ، وإن سارت بطل خيارها ؛ لأن سيرَ الدابة ووقوفها مضاف إليها .والسفـينة بمنزلة البيت ؛ لأن سيرها غير مضاف إلى راكبها ، ألا ترى أنه لا يقدر على إيقافها وراكب الدابة بقدر .

لتدعو بالشهود ، قيل لا يبطل خيارها لعدم ما يدل على الإعراض ، وقيل يبطل لتبدل المجلس .

م: (**وإن كانت تسير على دابة أو في محمل فوقفت فهي على خيـارها ، وإن سارت بطل خيارها ؛ لأن سير الدابة ووقـوفـها مضـاف إليهـا**) ش: لأنهـا تجـري حسب سـوق الراكب ومسـيرهـا دليل الإعراض ، وإذا قادها الجمال وهما فيه لا يبطل ، ولايبطل بالنزول عن الدابة ، بخلاف القعود عن القيام ، وكذا لو كانت قائمة فركبت أو راكبة فانتقلت إلى دابة أخري بطل ، ولو أخبرت بالسفينة ينبغي أن تقول اخترتهام: (**والسفينة بمنزلة البيت**) ش: يعني أنها إذا سارت لا يبطل خيارها م : (**لأن سيرها غير مضاف إلى راكبـها ، ألا ترى أنه لايقدر على إيقافها ، وراكب الدابة يقدر**) ش: لأن السفينة لا يجريها راكبها ، بل تجري براكبها ، قال الله تعالى ﴿ **وهي تجري بهم في موج كالجبال** ﴾ (هود : الآية ٤٢) ، فلم يدل على إعراض المرأة ، ولكن كلمـا يبطل في البيت يبطل الخيار في السفينة ، سواء كان عمل الدنيا أو عمل الدين .

* * *

فصل في المشيئة

ومن قال لامرأته :طلقي نفسك ولا نية له ،أو نوى واحدة فقالت: طلقت نفسي فهي واحدة رجعية، وإن طلقت نفسها ثلاثًا وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها ،وهذا لأن قوله :طلقي ، معناه افعلي فعل التطليق ، وهو اسم جنس فيقع الآخر مع احتمال الكل ، كسائر أسماء الأجناس ، فلهذا تعمل فيه نية الثلاث ، وينصرف إلى الواحدة عند عدمها ،

م : (**فصل في المشيئة**)

ش : أي هذا فصل في بيان المشيئة ، قال الجوهري : المشيئة الإرادة ، قال ابن الأثير : المشيئة مهموزة الإرادة ، وقد شئت المشيئة إشاءة ، ويقال المشيئة مصدر كالمسير والمجيء .

قلت : مصدر في الأصل ، ولكنه استعمل استعمال الاسم ، وهو اسم للوجود، وعند أهل السنة والفرق بين المشيئة والإرادة أن المشيئة عامة ، والإرادة ليست كذلك ، حتى لو قال الزوج شئت طلاقك ونوى يقع ، بخلاف قوله أردت طلاقك فلا يقع ، ولو نواه لأنه لا ينبي عن الوجود.

م: (**ومن قال لامرأته: طلقي نفسك ولا نية له**) ش: أي والحال أنه لا ينوي الطلاق،م: (**أو نوى واحدة فقالت: طلقت نفسي ، فهي واحدة رجعية ، وإن طلقت نفسها ثلاثًا وقد أراد الزوج ذلك**) ش: أي والحال أن الزوج أراد الثلاث م: (**وقعن عليها**) ش: أي وقعت الثلاث على المرأة ، سواء طلقت نفسها ثلاثًا جملة أو متفرقة ، ولو نوى ثنتين لا يصح ، وفيه خلاف الشافعي ومالك وأحمد ، وعن الظاهرية لا يجوز إيقاعها ، وتوكيل غيره بالطلاق ولا إضافة الطلاق إلى الزمان المستقبل ، وقال الأكمل : ترجم الفعل بالمشيئة وكان الابتداء فيه بمسألة فيما ذكر المشيئة أولى .

وقال الأترازي : النظر إلى المشيئة ليس من المسألة التي ابتدأها ذكر المشيئة ، ثم أجاب بقوله المشيئة ، وإن كانت غير مذكورة لفظًا مذكورة معنى ، لأن قوله : طلقي نفسك تفويض الطلاق إليها بمشيئتها واختيارها ، ولهذا يقتصر على المجلس ، انتهى .

قلت : فيه بعد جدًا ، والفقهاء لا يراعون هذه الأشياء ، لأن مقصودهم بيان المسائل بالدلائل مع قطع النظر عن التركيب الوضعي .

م: (**وهذا**) ش: أي وقوع الواحدة في المسألة الأولى والثلاث في المسألة الثانية م: (**لأن قوله: طلقي معناه افعلي فعل التطليق ، وهو**) ش: أي التطليق م: (**اسم جنس**) ش: لأنه مصدر يحتمل أدنى الجنس وكله م: (**فيقع الآخر**) ش: وهو الواحدة م: (**مع احتمال الكل كسائر أسماء الأجناس ، ولهذا**) ش: أي ولأجل أن التطليق اسم جنس م: (**تعمل فيه**) ش: أي في قوله طلقي م: (**نية الثلاث**) ش: لأنه يحتمل ويقع بالنية م: (**وينصرف إلى الواحدة**) ش: أي الطلقة الواحدة م: (**عند عدمها**) ش: أي

وتكون الواحدة رجعية ؛ لأن المفوض إليها صريح الطلاق ، وهو رجعي ، ولو نوى الثنتين لا يصح ؛ لأنه نية العدد إلا إذا كانت الزوجة أمة ؛ لأنه جنس في حقها . وإن قال لها: طلقي نفسك فقالت : أبنت نفسي طلقت ، ولو قالت: قد اخترت نفسي لم تطلق ؛ لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق، ألا ترى أنه لوقال أبنتك ينوي به الطلاق ، أو قالت أبنت نفسي فقال الزوج: قد أجزت ذلك بانت ،فكانت موافقة للتفويض في الأصل ، إلا أنها زادت فيه وصفًا ، وهو تعجيل الإبانة فيلغو الوصف الزائد ويثبت الأصل ،كما إذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة ، وينبغي أن تقع تطليقة رجعية ،

عند عدم النية م: (**وتكون الواحدة رجعية ، لأن المفوض إليها صريح الطلاق ، وهو رجعي**) ش: وصريح الطلاق يعقب الرجعة .

م: (**ولو نوى الثنتين لا يصح**) ش: وقال زفر والشافعي ومالك وأحمد يصح م: (**لأنه نية العدد**) ش: أي لأن ما نواه نية العدد والثنتان غير عدد ، لأن العدد ما له كل شيئان م: (**إلا إذا كانت الزوجة أمة**) ش: أي إلا إذا كانت امرأته أمة م: (**لأنه**) ش: أي لأن الثنتين ، وإنما ذكر الضمير باعتبار المذكور والتقدير ، لأن لفظ الثنتين م: (**جنس في حقها**) ش: أي في حق الأمة لقوله ﷺ: «**طلاق الأمة ثنتان**» .

م: (**وإن قال لها طلقي نفسك ، فقالت : أبنت نفسي ، طُلِّقت**) ش: أي رجعية ،لأن المفوض رجعي ، وقد أتت بزيادة وصف وهو البينونة ، فيلغو ذلك م: (**ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق؛ لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق**) ش: فصلحت جوابًا لقول الرجل طلقي نفسك ، بخلاف ما إذا قالت اخترت نفسي ، لأن الاختيار ليس من ألفاظ الطلاق .

م: (**ألا ترى**) ش: أشار به إلى إيضاح الفرق بين المسألتين م: (**أنه**) ش: أي أن الزوج م: (**لو قال**) ش: أي لامرأته م: (**أبنتك ينوي به الطلاق ، أو قالت : أبنت نفسي فقال الزوج قد أجزت ذلك ، بانت**) ش: أي بانت المرأة بتطليقة بائنة م: (**فكانت موافقة للتفويض في الأصل**) ش: أي كانت المرأة موافقة لتفويض الرجل بقولها أبنت نفسي في أصل الطلاق دون وصفه ، وهو البينونة فيثبت الأصل بموافقتها ، ويلغو الأصل لمخالفتها ، وهو معنى قوله: م: (**إلا أنها زادت فيه**) ش: أي في التفويض ، ويجوز أنه يقال في الجواب م: (**وصفًا ، وهو تعجيل الإبانة فيلغو الوصف الزائد**) ش: وهو البينونة م: (**ويثبت الأصل**) ش: وهو وقوع الطلاق الرجعي .

م: (**كما إذا قالت**) ش: في جواب طلقي نفسك م: (**طلقت نفسي تطليقة بائنة**) ش: فإنها زادت وصفًا فيلغو الوصف ويثبت الأصل م: (**وينبغي أن تقع تطليقة رجعية**) ش: يعني في قولها أبنت نفسي في جواب قول الرجل طلقي نفسك ، وإنما قال بلفظ ينبغي ، لأن هذه المسألة من خواص « الجامع الصغير »، ومحمد لم ينص فيه على الرجعي ، بل قال هي طالق .

بخلاف الاختيار لأنه ليس من ألفاظ الطلاق ، ألا ترى أنه لو قال لامرأته: اخترتك ، أو اختاري ينوي الطلاق لم يقع ، ولو قالت ابتداء اخترت نفسي فقال الزوج أجزت لا يقع شيء إلا أنه عرف طلاقًا بالإجماع إذا حصل جوابًا للتخيير ، وقوله: طلقي نفسك ليس بتخيير فيلغو ،وعن أبي حنيفة -رضي الله تعالى عنه -أنه لا يقع شيء بقولها: أبنت نفسي ؛لأنها أتت بغير ما فوض الزوج إليها ، إذ الإبانة تغاير الطلاق .وإن قال لها: طلقي نفسك فليس له أن يرجع عنه ؛لأن فيه معنى اليمين ؛لأنه تعليق الطلاق بتطليقها ، واليمين تصرف لازم .

ولفظ محمد في « الجامع الصغير » عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل يقول لامرأته : طلقي نفسك ، فتقول أبنت نفسي ، قال : هي طالق .

م: (**بخلاف الاختيار**) ش: متعلق بقوله لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق م: (**لأنه**) ش: أي لأن لفظ معنى الاختيار م: (**ليس من ألفاظ الطلاق**) ش: ثم أوضح ذلك بقوله م: (**ألا ترى أنه لو قال لامرأته : اخترتك أو اختاري نوى الطلاق لم يقع ، ولو قالت ابتداء**) ش: أي من أول الأمر م: (**اخترت نفسي فقال الزوج: قد أجزت لا يقع شيء**) ش: لأنه ليس من ألفاظ الطلاق م: (**إلا أنه عرف طلاقًا**) ش: استثناه من قوله بخلاف الاختيار ، لأنه ليس من ألفاظ الطلاق، والاستثناء منقطع بمعنى لكن م: (**بالإجماع**) ش: أي بإجماع الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - كما بمر بيانه م: (**إذا حصل جوابًا للتخيير**) ش: بأن يقول اختاري ، فتقول هي اخترت نفسي .

م: (**وقوله: طلقي نفسك ليس بتخيير**) ش: بأن يقول اختاري م: (**فيلغو**) ش: ولا يصلح قولها اخترت جوابًا له م: (**وعن أبي حنيفة - رضي الله تعالى عنه - أنه لا يقع شيء بقولها أبنت نفسي ، لأنها أتت بغير ما فوض الزوج إليها إذ الإبانة تغاير الطلاق**) ش: لأنها تحصل بدون الطلاق ، فيكون مغايرًا له ، فما أتت بما فوض إليها ، وكذا في سائر ألفاظ الكنايات، وبه قال ابن جبران من أصحاب الشافعي .

م: (**وإن قال لها: طلقي نفسك فليس له أن يرجع عنه**) ش: إذا طلقت نفسها بعد إذنها يقع الطلاق ، وبه قال مالك وابن جبران من أصحاب الشافعي ، وعند الشافعي وأحمد يملك الرجوع، لأن فيه معنى التوكيل والتمليك ، وباعتبار التوكيل صح الرجوع كم في سائر التوكيلات ، وباعتبار التمليك يصح الرجوع قبل القبول ، كما في سائر التمليكات م: (**لأن فيه**) ش: أي في قوله طلقي نفسك م: (**معنى اليمين ؛ لأنه تعليق الطلاق بتطليقها**) ش: فيكون يمينًا ، لأن الطلاق مما يحلف ، وفي كل تعليق يعني اليمين لما فيه من المنع والحمل م: (**واليمين تصرف لازم**) ش: لا يقع الرجوع بإجماع الصحابة ، لأن اليمين يعقد للزجر والحل على وجه التأكيد ، فلو طلبت الرجوع ما أفادت فائدتها .

ولو قامت عن مجلسها بطل ؛ لأنه تمليك ، بخلاف ما إذا قال لها :طلقي ضرتك ؛ لأنه توكيل وإنابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع.وإن قال لها طلقي نفسك متى شئت ، فلها أن تطلق نفسها في المجلس وبعده ؛لأن كلمة «متى» عامة في الأوقات كلها ،فصار كما إذا قال : في أي وقت شئت ، وإذا قال لرجل : طلق امرأتي ، فله أن يطلقها في المجلس وبعده ، وله أن يرجع ؛ لأنه توكيل واستعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس ،بخلاف قوله لامرأته: طلقي نفسك ؛ لأنها عاملة لنفسها ، فكان تمليكًا لا توكيلاً .

م: **(ولو قامت عن مجلسها بطل)** ش: أي قوله طلقي نفسك م: **(لأنه تمليك)** ش : لأنها تتصرف لنفسها لا لغيرها ، فيقتصر على المجلس م: (**بخلاف ما إذا قال لها طلقي ضرتك ، لأنه توكيل وإنابة ، فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع**) ش: لأن فيه نوع سند على الموكل ، وفي ذلك ضرر عليه ، فيجوز دفع ذلك الضرر عن نفسه بالرجوع .

م: (**وإن قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها في المجلس وبعده**) ش: أي بعد المجلس ، ولا خلاف للأئمة الأربعة فيه م: (**لأن كلمة «متى » عامة في الأوقات كلها**) ش: فلا يملك الرجوع ، خلافًا للشافعي وأحمد م: (**فصار كما إذا قال في أي وقت شئت**) ش: أي فصار هذا كما إذا قال لها طلقي نفسك في أي وقت شئت ، فيعم .

وقال الأترازي: هذه من مسائل القدوري - رحمه الله تعالى - لفظه بعينه ، إلا أنها وقعت مكررة في « الهداية »، لأن صاحب «الهداية» ، ذكرها بعد هذا قريبًا من ورقة عند قوله : إذا قال لها أنت طالق إذا شئت، وذكر ثمة وضع « الجامع الصغير »، وذكر هنا وضع القدوري كان ينبغي أن يذكرهما في موضع إما هنا ، وإما ثمة .

فإن قال القائل التمليك في هذه الصورة موجودًا أولا ، فإن كان الثاني لا يقدر على الطلاق، وليس كذلك ، وإن كان الأول يقتصر على المجلس لكونه لازم التملك، وأجيب : بأن الاقتصار على المجلس من أحكامها التمليك ، وقد يتأخر المانع كما في شرط الاختيار ، وهي تطليقة تخصص العلة وموضعه الأصول .

م: (**وإذا قال لرجل طلق امرأتي فله أن يطلقها في المجلس وبعده ، وله أن يرجع؛ لأنه توكيل واستنانة ، فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس**) ش: أما جواز التطليق للوكيل فلأنه أقامه مقام نفسه ، وأما جواز ذلك بدون قيد المجلس ، فلأن الوكيل أجنبي وقد يقدر على أن يعين الوكيل في المجلس ، وقد لا يقدر، فلم يقتصر على المجلس ، وأما جواز رجوعه عن ذلك، فظاهر من كلام المصنف م: (**بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك ؛ لأنها عاملة لنفسها، فكان تمليكًا لا توكيلا**) ش: فليس له الرجوع عن قوله .

ولو قال لرجل طلقها إن شئت ، فله أن يطلقها في المجلس خاصة، وليس للزوج أن يرجع . وقال زفر -رحمه الله- : هذا والأول سواء ؛لأن التصريح بالمشيئة كعدمه ؛ لأنه يتصرف عن مشيئته ، فصار كالوكيل بالبيع إذا قيل له بعه إن شئت. ولنا أنه تمليك ؛ لأنه علقه بالمشيئة ، والمالك هو الذي يتصرف عن مشيئته ، والطلاق يحتمل التعليق ، بخلاف البيع ؛ لأنه لا يحتمله . ولو قال لها: طلقي نفسك ثلاثًا ، فطلقت واحدة فهي واحدة ؛ لأنها ملكت إيقاع الثلاث، فتملك إيقاع الواحدة ضرورة . ولو قال لها : طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثًا لم يقع شيء ، عند أبي حنيفة . وقالا: تقع واحدة ؛

م: (**ولو قال لرجل طلقها إن شئت ، فله أن يطلقها في المجلس خاصة ، وليس للزوج الرجوع ، وقال زفر: هذا**) ش: أي هذا الحكم م: (**والأول**) ش: أي القول الأول ، وهو قوله لأجنبي: طلق امرأتي بدون ذكر مشيئة م: (**سواء**) ش: في الحكم ، وبه قال أصحاب الشافعي م: (**لأن التصريح بالمشيئة كعدمه**) ش: لأنها لغو م: (**لأنه**) ش: أي لأن الرجل الذي قال له طلق امرأتي إن شئت م: (**يتصرف عن مشيئته**) ش: لا محالة م: (**فصارت**) ش: أي حكم هذا م: (**كالوكيل بالبيع**) ش: يعني إذا وكل رجلا يبيع شيئًا م: (**إذا قيل له**) ش: يعني إذا قال له م: (**بعه إن شئت**) ش: يكون توكيلاً لا تمليكًا ، ولا يخرج كلامه ذكر المسألة عن التوكيل ، فكذا هذا .

م: (**ولنا أنه**) ش: أي قول الزوج للرجل م: (**تمليك ، لأنه علقه بالمشيئة ، والمالك هو الذي يتصرف عن مشيئته ، والطلاق يحتمل التعليق**) ش: على وجه الشرط يصح ذكر المشيئة ، ويعتبر لازمًام: (**بخلاف البيع**) ش: أي بخلاف التوكيل بالبيع ، لأنه ذكر المشيئة على وجه الشرط فلا يمشي م: (**لأنه**) ش: أي لأن البيع م: (**لا يحتمله**) ش: أي لا يحتمل الشرط ، يعني ليس من مقتضيات البيع فلا يصح ذكر المشيئة ، وبدون ذكر المشيئة لا يصير لازمًا ، وبقولنا قال الثوري والليث وقيل الوكيل يتصرف عن مشيئته واختياره .

قلنا : نشأ ذلك الاختيار عن عدم نفاذ الأمر عليه، لعدم الأولوية لا من الصيغة، لأن الصيغة مذمة إذا صدرت من ذي ولاية ، فمتى قال الأجنبي إن شئت ، فالمشيئة جاءت من الصيغة صريحًا، وأثبت خاصية الملكية ، فكان هذا الكلام تمليكًا لا إلزامًا .

م: (**ولو قال لها: طلقي نفسك ثلاثًا ، فطلقت واحدة ، فهي واحدة**) ش: بالاتفاق ، وبه قال الشافعي وأحمد ، وقال مالك : لا يقع شيء ، لأنها أتت بغير ما فوض إليها ، م: (**لأنها ملكت إيقاع الثلاث**) ش: أي ثلاث تطليقات بمقتضى كلامه م: (**فتملك إيقاع الواحدة ضرورة**) ش: لأن من يملك الكل يملك أجزاءه .

م: (**ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثًا لم يقع شيء عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى -**) ش: وبه قال زفر ومالك م: (**وقالا**) ش: أي أبو يوسف ومحمد م: (**تقع واحدة**) ش: وبه

لأنها أتت بما ملكته وزيادة ، فصاركما إذا طلقها الزوج ألفًا . ولأبي حنيفة أنها أتت بغير ما فوض إليها، فكانت مبتدأة ، وهذا لأن الزوج ملكها الواحدة ، والثلاث غير الواحدة ، لأن الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع ، والواحد فرد لا تركيب فيه ، فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة ،

قال الشافعي وأحمد م: (**لأنها**) ش: أي لأن المرأة م: (**أتت بما ملكته وزيادة**) ش: عطفًا على قوله : بما وهذا لأن الواحدة موجودة في الثلاث ، فصارت كما إذا قالت طلقت نفسي واحدة وواحدة وواحدة ، وكما إذا قال لها طلقي نفسك ، فطلقت نفسها وضرتها ، أو قال لعبده أعتق نفسك فأعتق نفسه وصاحبه ، وكذا لو قال لأجنبي بع عبدي هذا فباعه مع عبد آخر ، فالذي فوض إليها يقع ، وما زاد على ذلك لغو .

م: (**فصار كما إذا طلقها الزوج ألفًا**) ش: فإن الثلاث الذي يفوض إليها شرعًا يقع ، والثاني لغو لأنه لا يملكه شرعًا م: (**ولأبي حنيفة أنها أتت بغير ما فوض إليها ، فكانت مبتدأة**) ش: في كلامها لا مجيبة لكلام الزوج م: (**وهذا**) ش: أشار به إلى توضيح ذلك بقوله م: (**لأن الزوج ملكها الواحدة ، والثلاث غير الواحدة ، لأن الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع ، والواحد فرد لا تركيب فيه ، فكانت بينهما**) ش: أي بين الواحدة والثلاث م: (**مغايرة على سبيل المضادة**) ش: لأن الواحدة ليست بمركبة ، والثلاث مركب من الآحاد ، والثلاث عدد ، والواحدة ليس بعدد ، بخلاف قولها واحدة وواحدة وواحدة ، لأنها بالكلام الأول تكون ممتثلة لما فوض إليها ، وفي الكلام الثاني والثالث مبتدأة ، وكذا لو ردت على نفسها وضرتها .

فإن قيل : فكذلك هنا بقولها طلقت نفسي ممتثلة لو اقتصرت عليه ، وتكون مبتدأة بقولها ثلاثًا فتلغو الزيادة .

قلنا : الطلاق متى قرن بالعدد كان الوقوع بالعدد و إلا لم يقع الثلاث على غير الموطوءة بقوله أنت طالق ثلاثًا ، والحال أنه يقع ثلاثًا بالإجماع ، وكذا لو ماتت قبل قولها ثلاثًا لا يقع الثلاث .

فإن قيل : قد ذكر من « المبسوط » أول فصل الأمر باليد أن الزوج إذا قال لها أمرك بيدك ونوى الواحدة وهي طلقت نفسها ثلاثًا يقع واحدة عندنا ، خلافًا لابن أبي ليلى ، فعلى ما ذكره أبو حنيفة - رحمه الله تعالى - ينبغي أن لا يقع شيء ، لأنها أتت بغير ما فوض إليها ، لأن الثلاث غير الواحدة .

قلنا : التفويض لم يتعرض لشيء فقد يكون خاصًا ، وقد يكون عامًا، فإذا نوى فقد نوى تفويضًا خاصًا ، وهو غير مخالف للظاهر ، فلما وقعت ثلاثًا فقد وقعت فيما هو أصل للتفويض، وهو لا يكون أقل من الواحدة ، فتقع الواحدة .

بخلاف الزوج ؛ لأنه يتصرف بحكم الملك ، وكذا هي في المسألة الأولى؛ لأنها ملكت الثلاث ، أما ها هنا لم تملك الثلاث وما أتت بما فوض إليها فتلغى ، وإن أمرها بطلاق تملك الرجعة فيه فطلقت بائنة ، أو أمرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما أمر به الزوج ، فمعنى الأول ، أن يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة أملك الرجعة ، فتقول : طلقت نفسي واحدة بائنة فتقع رجعية؛

فإن قيل : مذهبنا أن الواحدة لا عين العشرة ولا غيرها ، فينبغي أن يقع من حيث أنها لا غير الثلاث .

قلنا : المغايرة بين أسماء الأعداد أصلها ونفسها فوق المغايرة بين ألفاظ العموم والخصوص جرى مجرى المجاز بين العام والخاص ، ولا يجري بين أسماء الأعداد ، لأنها بمنزلة الإعلام ، فيقال ستة ضعف ثلاثة بغير تنوين للعلمية والتأنيث ، ولا يجوز إطلاق لفظ الثلاث على غيرها لا بطريق الحقيقة ولا بطريق المجاز ، فعلم أن المغايرة بينهما ثابتة من كل وجه .

وأما قولنا لا غيرها فباعتبار عدم تصور الأكثر منها بدل الأول منه ، وهذا الاعتبار لا يقدح ثبوت المغايرة بينهما بحسب العرف والاستعمال ، مع أن الواحد في العشرة الموجودة ، وأما الثلاث ها هنا فمعدوم ، والواحد الموجود غير الثلاث المعدوم لا محالة .

م: (**بخلاف الزوج لأنه يتصرف بالملك**) ش: أي بحكم الملك م: (**وكذا هي**) ش: أي المرأة م: (**في المسألة الأولى**) ش: أي وكذا تصرفت المرأة بحكم الملك في المسألة الأولى ، وهي فيما إذا طلقت نفسها واحدة .

وقد قال لها طلقي نفسك ثلاثًا م: (**لأنها ملكت الثلاث**) ش: فكانت مالكة للواحدة لأن الثلاث تدل على الواحدة تضمنًا ، بخلاف ما إذا أمرها بالواحدة وقد بانت بالثلاث، لأن الواحدة لا دلالة لها على الثلاث لا حقيقة ولا مجازًا ، لعدم التضمن والالتزام ، فكانت المرأة مخالفة ، فلم يقع شيء .

م: (**أما ها هنا**) ش: أي في قوله طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثًا م: (**لم تملك الثلاث ، وما أتت بما فوض إليها ، فتلغى**) ش: لعدم الموافقة بين قوله وجوابها م: (**وأن أمرها بطلاق تملك الرجعة فيه**) ش: أي وإن أمر الزوج امرأته بأن تطلق نفسها بطلاق حال كونها تملك الرجعة فيه م: (**فطلقت بائنة**) ش: أي فطلقت نفسها طلقة بائنة م: (**أو أمرها بالبائن**) ش: أي أو أمرها بأن تطلق نفسها طلقة بائنة م: (**فطلقت رجعية**) ش: أي طلقت رجعية م: (**وقع ما أمر به الزوج ، فمعنى الأول**) ش: وهو قوله بطلاق تملك م: (**أن يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة أملك الرجعة ، فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة فتقع رجعية**) ش: بالنصب عطفًا على الحال من الضمير الذي وقع ، أو من المجرور، أعني قوله بالصفة ، أي تقع الطلقة بالصفة التي عينها الزوج بائنة .

لأنها أتت بالأصـل وزيادة وصف ، كما ذكـرنا فيلغـو الوصف ويبقى الأصل .ومعـنى الثاني أن يقول لها طـلقي نفسك واحدة بائنة فتـقول : طلقت نفسي واحدة رجـعية فتقع بائـنة ؛ لأن قولها «واحدة رجعية » ، لغـو منها؛ لأن الزوج لما عين صفة المفوض إليها فحاجـتها بعد ذلك إلى إيقاع الأصل دون تعيين الوصف ، فـصار كأنها اقـتصرت على الأصل فـيقع بالصفة التي عـينها الزوج بائنًا أو رجعيًا . وإن قال لها طلقي نفسك ثلاثًا إن شئت ، فطلقت واحدة لم يقع شيء ؛ لأن معناه إن شئت الثـلاث ، وهي بإيقاع الواحدة ما شـاءت الثلاث فلم يوجد الشرط . ولو قـال لها طلقي نفسك واحدة إن شئت، فطلقت ثلاثًا ، فكذلك عند أبي حنيفة ؛ لأن مشـيئة الثلاث ليست بمشيئة للواحدة كإيقاعها. وقالا: تقع واحدة ؛ لأن مشيئة الثلاث مشيئة للواحدة ، كما أن

قلت : هذا كله تعسف ، ولو قال بائنة منصوب على أنه صفة الواحدة لسلم من هذا التعسف تقع رجعية .

م: (**لأنها أتت بالأصل**) ش: أي بأصل الطلاق م: (**وزيادة وصف**) ش: أي وأتت أيضًا بزيادة وصف ، وهو قولهـا : بائنة م: (**كمـا ذكرنا**) ش: عند قـوله لأنهـا أتت بما ملكت وزيادة م: (**فيلغو الوصف**) ش: وهو البينونة م: (**ويبقى الأصل**) ش: أي أصل الطلاق .

م: (**ومعنى الـثاني**) ش: وفي بعض النسخ م: (**ومعنى الثانية**) ش: ، أي المسألة الثانيـة م: (**أن يقول لها طلقي نفسك واحدة بائنة ، فتقول**) ش: بالنصب أيضًا عطف على أن تقول م: (**طلقت نفسي واحدة رجعـية فتقع بائنة ؛ لأن قولهـا واحدة رجعية لغـو منها ؛ لأن الزوج لما عين لها صفة المفـوض إليها فحـاجتـها بعد ذلك إلى إيقـاع الأصل دون تعيين الوصف ، فـصار كـأنها اقـتصرت على الأصل ، فـيقع بالصفـة التي عينها الزوج بائنًا أو رجعـيًا**) ش: لأن الزوج فـوض إليـهـا ذات الطلاق مع الوصـف ، وأنها أتت بما فوض إليها وخالفت في الوصف ، فثبت الأصل دون الوصف .

م: (**وإن قال لها طلقي نفـسك ثلاثًا إن شئت فطلقت واحدة لم يقع شيء**) ش: وبه قال الشافعي ومالك م: (**لأن معناه إن شئت الثلاث ، وهي بإيقاع الواحدة ما شاءت الثلاث ، فلم يوجد الشرط**) ش: لأن قوله إن شئت شرط ، فلا بد له من الجزء ، أو لم يذكر بعد فكان جزاؤه ما ذكر قبل الشرط ، والمذكور قبل الشرط ثلاث ، فصار كما إذا قال إن شئت الثلاث ، وبإيقاع الواحدة ما شاءت الثلاث ، بل شاءت الواحدة ولم يوجد الشرط ، فلم يقع شيء.

م: (**ولـو قـال لـها طـلـقي نفسك واحدة إن شـئت، فطلقت ثلاثًا فكذلك عند أبي حنيفة**) ش: أي لم يقع شيء وبه قال أصحاب الشافعي م: (**لأن مشيـئة الثـلاث ليـست بمـشيـئـة للواحدة كإيقاعها**) ش: أي كإيقاع الواحدة فيما لو قال لها طلقي نفسك واحده فطلقت ثلاثًا لم يقع شيء عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - لما بيناه م: (**وقالا: تقع واحدة ، لأن مشيئة الثلاث مشيئة للواحدة ، كما أن**

إيقاعها إيقاع للواحدة فوجد الشرط . ولو قال لها أنت طالق إن شئت فقالت شئت إن شئت ، فقال الزوج : شئته ينوي الطلاق بطل الأمر ، لأنه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة ، وهي أتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط ، وهي اشتغلت بما لا يعنيها ، فخرج الأمر من يدها ، ولا يقع الطلاق بقوله شئت ، وإن نوى الطلاق ، لأنه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ، ليصير الزوج شائيًا طلاقها، والنية لا تعمل في غير المذكور ،حتى لو قال : شئت طلاقك يقع إذا نوى ، لأنه إيقاع مبتدأ ؛ إذ المشيئة تنبئ عن الوجود، بخلاف قوله: أردت طلاقك؛ لأنه لا ينبئ عن الوجود.

إيقاعها) ش: أي إيقاع الثلاث م: (إيقاع للواحدة فوجد الشرط) ش: وترتب عليه الجزاء ، وهو وقوع الواحدة .

م: (ولو قال لها أنت طالق إن شئت ، فقالت شئت إن شئت ،فقال الزوج : شئته ينوى الطلاق بطل الأمر) ش: يعني لا يقع الطلاق م: (لأنه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة) ش: يعني غير المعلقة بشي م: (وهي) ش: أتت بالمعلقة يعني المرأة أتت بالمشيئة المعلقة بمشيئة الزوج م: (فلم يوجد الشرط وهي) ش: أي المرأة م : (اشتغلت بما لا يعنيها) ش: بمخالفتها زوجها م: (فخرج الأمر من يدها) ش: لوجود دليل الإعراض .

م: (ولا يقع الطلاق بقوله شئت وإن نوى الطلاق ، لأنه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيًا طلاقها ، والنية لا تعمل في غير المذكور) ش: لأن النية تعمل في الملفوظ لا في غيره ، والطلاق ليس بمذكور إلا في قوله : شئت إن شئت ، فلا يقع شيئًا . م: (حتى لو قال: شئت طلاقك يقع إذا نوى ، لأنه إيقاع مبتدأ ، إذ المشيئة تنبيء عن الوجود) ش: لأنها مأخوذة من الشيء ، والشيء اسم للوجود ، فكان قوله - شئت - بمعنى أوجدت ، بخلاف الطلاق بإيقاعه م: (بخلاف قوله أردت طلاقك لأنه) ش: أي لأن لفظ أردت م: (لا ينبئ عن الوجود) ش: لأن معنى الإرادة عبارة عن الطلب ، قال - عليه السلام- : « الحمى رائدة الموت »[1] ، أي طالبة .

وقال الأكمل : فإن قيل ذهب علماؤنا في أصول الدين أن الإرادة والمشيئة واحدة، فما هذه التفرقة ؟ فالجواب : يجوز أن يكون بينهما تفرقة بالنسبة إلى العباد، والتسوية بالنسبة إلى الله تعالى ، لأن ما يطلبه تعالى يوجد كما يوجد ما شاء ، بخلاف العباد ، انتهى .

قلت : هذا الذي ذكره من «الفوائد الظهيرية» .

((١) قال الهيثمي في المجمع (٥/ ٩٤) وعن عبد الرحمن بن المرفع قال : غزا رسول الله ﷺ خيبر في ألف وثمانمائة فافتتحها وهي مخضرة من الفواكه فوقع الناس فيها فغشتيهم الحمى فأتوا رسول الله ﷺ فذكروا ذلك له فقال : إن الحمى رائدة الموت . . وذكر الحديث ثم قال : رواه الطبراني وفيه المحبر بن هارون ولم أعرفه وبقية رجاله ثقات ، وذكره مرة أخرى وقال فيه رواه الطبراني وفيه فريح بن عبيد والمحبر بن هارون ولم أعرفهما وبقية رجاله ثقات .

وقال الكاكي : فإن قيل لأن الله تعالى طلب الإيمان من فرعون وأبي جهل ، وأمثالهما بالأمر ، ولم يوجد منهم ، وطلب التقوى من جميع المؤمنين ولم يوجد من أكثرهم ، قلنا : الطلب من الله تعالى على نوعين : طلب التكليف ، وطلب لا تعلق له باختيار العبد ، وهو المسمى بالمشيئة والإرادة والوجود من لوازمها ، إذ لو لم يكن ملزم العجز ، وهو منزه عنه ، بخلاف العباد .

قال شيخي العلامة : هذا ما أشير إليه في عامة الكتب في بيان هذه المسألة ، ولكنه مشكل ، لأن ما ذكروه يشير إلى أن الإيجاد هو المغني الأصلي للمشيئة ، وليس كذلك ، فإن المشئية مفسرة في أكثر كتب اللغة بالإرادة لا بالإيجاد ، ومستعملة في القرآن والحديث ، وفي تراكيب كلام الناس بمعنى الإرادة دون الإيحاء ، قال الله تعالى ﴿ ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء ﴾(النساء : الآية ٤٨) ﴿ ويدخل من يشاء في رحمته ﴾ (الشورى : الآية ٧) ، وقال عليه السلام : «إن شئت أن تقوم فقم ، وإن شئت أن تقعد فاقعد » وأطال الكلام . وملخصه أن القائل يقول شئت طلاقك لا يرى الإيقاع جعل الذي هو بمعنى الوجود مصدراً ، وأخذ منه الفعل ، لأن المشيئة مصدر شاء بمعنى أراد فهذا الطريق يحتمل أن يكون المشيء بمعنى الإيجاد ، وشئت بمعنى أوجدت ، فلأن الإيجاد محتمل هذا اللفظ لا يوجد ، فيحتاج إلى النيةِ ، بخلاف الإرادة فإنها لا تحتمل معنى الإيجاد فلا يقع يه الطلاق وإن نوى ، لأن النية لم تصادف محلا ، كما في قولك هويت طلاقك وأجبت طلاقك .

وفي «المبسوط» ولو قال لها شيئي الطلاق ينوي به الطلاق ، فقالت شئت فهي طالق ، وإن لم يكن له نية لا تطلق .

ولو قال لها أريدي الطلاق أو أهوى الطلاق ، فقالت قد فعلت ، كان باطلا وإن نوى ، لأن الإرادة من العبد نوع ثمن ، فلو قالت ثمنية لا يقع ، وهذا لأن المشيئة في صفات المخلوقين ألزم من الإرادة والهوى لغة ، ألا ترى أن المشيئة لا تذكر مضافة إلى غير العقلاء وقد تذكر الإرادة ، قال الله تعالى ﴿ فوجدا فيها جداراً يريد أن ينقض فأقامه﴾ (الكهف : الآية ٧٧) ، وليس إلى الجدار إرادة ، وفيه تأمل .

قال الأترازي : هذا الذي قالوه من الفرق بين الإرادة والمشيئة ضعيف ، لأن من أهل اللغة كالجوهري وصاحب «الديوان» ، وغيرهما ، لم يفرقوا بينهما .

قال الجوهري في « الصحاح » في كتاب الألف المهموزة : المشيئة هي الإرادة .

وقال في باب الدال : الإرادة هي المشيئة ، وكذا قال في «الديوان » ، وقد صرح أصحابنا في كتب الكلام أن لا فرق عند أهل السنة بين الإرادة والمشيئة وقول شمس الأئمة أن المشيئة لا تذكر

وكذا إذا قالت شئت إن شاء أبي ، أو شئت إن كان كذا - الأمر لم يجئ بعد- لما ذكرنا أن المأتي به مشيئة معلقة ، فلا يقع الطلاق ويبطل الأمر . وإن قالت قد شئت إن كان كذا الأمر قد مضى طلقت ؛ لأن التعليق بشرط كائن منجز . ولو قال لها أنت طالق إذا شئت ، أو إذا ما شئت ، أو متى شئت ؛ أو متى ما شئت فردت الأمر

مضافة إلى غير العقلاء فيه نظر ؛ لأن ابن السكيت أنشد في الإصلاح :

يا مرحبًا هجمار عفراء إذا أتى قربة　　　لما شاء من الشعير والحشيش والماء

وشرحه أبو محمد بن الحسن بن عبد الله السيراني الزيرج ، وهو مشهور عند أهل اللغة ، وإسناد الإرادة إلى الحمى مجاز ، وكلامنا في الحقيقة ، ولا نسلم أن المشيئة لا تستعمل في مثل ذلك مجازًا ، وقد فسروا الإرادة بتخصيص أحد المقدورين بالوجود ، فتكون هي أيضًا مبنية على الوجود ، ثم يقع الطلاق بقوله شئت طلاقك بالاتفاق ، فينبغي أن يقع بقوله أردت طلاقك أيضًا ، لأنهما مترادفان ، سواء في المعنى ، يؤيده ما ذكره في «خلاصة الفتاوى» بقوله وقال في« المنتقى» وفي «القياس »كل ذلك سواء . انتهى .

والحاصل أن لا نتبع كلام شمس الأئمة الذي في الأصل وقد ذكرناه ،م: **(وكذا إذا قالت شئت إذا شاء أبي ، أو شئت إن كان كذا ، الأمر لم يجئ بعد)** ش: أي وكذا لا يقع الطلاق أيضًا في هاتين الصورتين ، قوله : (الأمر لم يجيء بعد) نحو قولها شئت إذا دخل إلى الدار ونحوه م: **(لما ذكرنا أن البائن به مشيئة معلقة)** ش:والزوج فوض إليها بمشيئة مرسلة ، فبطل الأمر من يدها م: **(فلا يقع الطلاق ، ويبطل الأمر)** ش: لأنها خالفت زوجها فيما فوض إليها .

م: **(وإن قالت قد شئت إن كان كذا الأمر قد مضى طلقت)** ش: يعني إذا علقت مشيئتها بأمر ماض ، بأن قالت إن كان أبي في الدار ، وهو في الدار يقع الطلاق م: **(لأن التعليق بشرط كائن منجز)** ش: يعني في الحال لا تعليق ، كقوله أنت طالق إن كانت السماء فوقنا .

فإن قيل: يرد على هذا حلف الرجل وقال هو يهودي إن فعل كذا ، وهو يعلم أنه فعل حيث لا يحكم بكفره ، فلو كان التعليق بشرط كان تحقيقًا لكان كافرًا ، وأجيب : بأنه لايرد لأنه لا يكفر على ما روي عن محمد بن مقاتل الرازي أنه يكفر فاطرد الأصل، ولئن سلمنا أنه لا يكفر على ما روي عن ابن شجاع .

وعن أبي يوسف أيضًا فنقول إنما لا يكفر ، لأن الكفر إنما يكون بتبديل الاعتقاد، وهو بهذا الكلام لم يقصد تبديل الاعتقاد بل قصد أن يصدق في مقالته ، أو نقول هذا وأمثاله كناية عن اليمين عرفًا ، فيحمل عليهما تحاميًا عن تكفير المسلم .

م: **(ولو قال لها أنت طالق إذا شئت ، أو إذا ما شئت ، أو متى شئت ، أو متى ما شئت؛ فردت الأمر**

لم يكن ردًا ، ولا يقتصر على المجلس ،أما كلمة متى ومتى ما ؛ فلأنهما للوقت ، وهي عامة في الأوقات كلها ، كأنه قال في أي وقت شئت ، فلا يقتصر على المجلس بالإجماع ، ولو ردت الأمر لم يكن ردًا ؛ لأنه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت،فلم يكن تمليكًا قبل المشيئة حتى يرتد بالرد ، ولا تطلق نفسها إلا واحدة ، لأنها تعم الأزمان دون الأفعال ، فتملك التطليق في كل زمان، ولا تملك تطليقًا بعد تطليق . وأما كلمة: إذا وإذا ما ، فهما و«متى» سواء عندهما ، وعند أبي حنيفة -رحمه الله- وإن كانت تستعمل للشرط كما تستعمل للوقت ، لكن الأمر صار بيدها، فلا يخرج بالشك

لم يكن ردًا) ش: فلها أن تطلق نفسها واحدة بعد ذلك م: (**ولا يقتصر على المجلس**) ش: بالإجماع ، حتى إذا قامت من المجلس أو أخذت في عمل آخر أو كلام آخر ، فلها أن تطلق نفسها واحدة لا غير ، ثم شرع في بيان كيفية الأمر في هذه الصور المذكورة بقوله م: (**أما كلمة :متى ومتى ما ؛ فلأنهما للوقت ، وهي عامة في الأوقات كلها**) ش: أي كلمتا متى ومتى ما عامة ، فتعم الأوقات كلها ، وليست لتعميم الفعل ، فلم يكن ردها ردًا ، لأن الزوج فوض إليها الطلاق في أي وقت شاءت م: (**كأنه قال في أي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس بالإجماع**) ش: لعموم الوقت .

م: (**ولو ردت الأمر لم يكن ردًا ؛ لأنه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت**) ش: فأي وقت شاءت تطلق نفسها فيه م: (**فلم يكن تمليكًا قبل المشيئة حتى يرتد بالرد، ولا تطلق نفسها إلا واحدة لأنها**) ش: لأن كلمة متى م: (**تعم الأزمان دون الأفعال ، فتملك التطليق في كل زمان**) ش: لعموم متى في الأزمان م: (**ولا تملك تطليقًا بعد تطليق**) ش: حاصله لا تملك إلا تطليقة واحدة متى شاءت، لأنا قلنا أن متى لتعميم الوقت ، لا لتعميم الفعل .

م: (**وأما كلمة: إذا وإذا ما، ؛ فهما ومتى سواء عندهما**) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد م: (**وعند أبي حنيفة – رحمه الله- إن كانت تستعمل للشرط كما تستعمل للوقت ، لكن الأمر صار بيدها فلا يخرج بالشك**) ش: . **فإن قلت.** : يحمل على الشرط هنا تصحيحًا للرد .

قلت : إنما يحمل على الشرط إذا صدر الرد ممن وجب أن صدر عنه التعليق ، لأن إرادة الشرط تختص بمن كان التعليق منه لا بمن صدر الرد منه ، فلهذا لا يحمل على الشرط تصحيحًا للرد.

فإن قلت : في قوله : إذا شئت ومتى شئت ينبغي أن لا يبقى لها المشيئة بعد القيام عن المجلس أو إذا انقطع المجلس بقوله لا أشاء ، لأن المفوض إليها مشيئة واحدة حتى لا يبقى لها المشيئة مرة أخرى بعد قوله شئت واحدة ، كما في قوله إن شئت فأنت طالق، فقالت لا أشاء ، قيل في جوابه : الثابت بها مشيئة واحدة في حق الحنث ، لأن الحنث تعليق بإيجاد مشيئة واحدة ، لأن البر تعلق بنفي مشيئة نكرة ، فإن قوله : إن شئت – يقتضي مشيئة ، فالبر بمعنى هذه المشيئة ،

وقد مر من قبل .ولو قال لها أنت طالق كلما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثًا ؛ لأن كلمة «كلما» توجب تكرار الأفعال ، إلا أن التعليق يصرف إلى الملك القائم ، حتى لو عادت إليه بعد زوج آخر فطلقت نفسها لم يقع شيء ؛ لأنه ملك مستحدث . وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثًا بكلمة واحدة ؛ لأنها توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع . فإن كان كذلك فلا تملك الإيقاع جملة وجمعًا. ولو قال لها :أنت طالق حيث شئت ، أو أين شئت ؛ لم تطلق حتى تشاء .

والنكرة في النفي تعم . وفي الإثبات تخص ، وإذا كانت النكرة تعم في النفي فإنما يتم البر بنفي المشيئة ، ولم يوجد فتبقى اليمين .

م: (**وقد مر من قبل**) ش: يعني في فصل إضافة الطلاق إلى الزمان في قوله : أنت طالق إذا لم أطلقك .

م: (**ولو قال لها أنت طالق كلما شئت ، فلها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة ، حتى تطلق نفسها ثلاثًا**) ش: هذه من مسائل الجامع الصغير ، وصورتها فيه : محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة - رحمه الله - في رجل قال لامرأته أنت طالق كلما شئت ، قال لها أن تطلق نفسها وإن قامت من مجلسها وأخذت في عمل آخر أو كلام آخر واحدة بعد واحدة ، حتى تطلق نفسها ثلاثًا م: (**لأن كلمة «كلما » توجب تكرار الأفعال**) ش: والدليل عليه قوله تعالى م: (**كلما نضجت جلودهم** ﴾ (النساء : الآية ٥٦) فلما كان كذلك لها مشيئة بعد مشيئة إلى أن تستوفي الثلاث .

م: (**إلا أن التعليق**) ش: أي غير أن التعليق ، وهو قوله أنت طالق كلما شئت م: (**يصرف إلى الملك القائم**) ش: يعني في عصمته م: (**حتى لو عادت إليه بعد زوج آخر فطلقت نفسها لم يقع شيء ؛ لأنه ملك مستحدث**) ش: يعني متجدد بعد الملك القائم بالزواج الأول م: (**وليس لها**) ش: أي لهذه المرأة التي قال لها زوجها أنت طالق كلما شئت م: (**أن تطلق نفسها ثلاثًا بكلمة واحدة لأنها**) ش: أي لأن كلمة كلما م: (**توجب عموم الانفراد**) ش: أي فردًا لا جملة م: (**لا عموم الاجتماع**) ش: أي لا توجب عموم الاجتماع بأن تطلق نفسها ثلاثًا بكلمة واحدة بأن تقول طلقت نفسي ثلاثًا.

م: (**فإن كان**) ش: يعني كلمة كلما م: (**كذلك فلا تملك**) ش: أي المرأة م: (**الإيقاع**) ش: أي إيقاع الطلاق م: (**جملة وجمعًا**) ش: قيل : معناهما واحد، وقيل : أراد بالجملة أن تقول : طلقت نفسي ثلاثًا، وأراد بالجمع أن تقول : طلقت وطلقت ، والأول أصح.

م: (**ولو قال لها أنت طالق حيث شئت ، أو أين شئت لم تطلق حتى تشاء**) ش: لأنه علق وقوع الطلاق في الحقيقة بالشرط ، لأن حيث وأين من الظروف المكانية ، ولا تعلق للطلاق بالمكان ، لأن الواقع في مكان واقع في جميع الأمكنة ، فيصير ذكر المكان لغوًا، فبقي الطلاق معلقًا للشرط

وإن قامت من مجلسها فلا مشيئة لها ، لأن كلمة «حيث »و«أين» من أسماء المكان ، والطلاق لا تعلق له بالمكان فليغو ويبقى ذكر مطلق المشيئة ، فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان ؛لأن له تعلقًا به ، حتى يقع في زمان دون زمان ، فوجب اعتباره خصوصًا وعمومًا . وإن قال لها أنت طالق كيف شئت طلقت تطليقة تملك الرجعة ، ومعناه قبل مشيئة المرأة ،

تشبيهًا فلا يقع حتى تشاء، فكأنه قال : أنت طالق ، إن شئت . م: (**وإن قامت من مجلسها فلا مشيئة لها**) ش: كما في قوله : أنت طالق إن شئت م: (**لأن كلمة «حيث» و«أين» من أسماء المكان**) ش: كلمة حيث للمكان اتفاقًا . وقال الأخفش : وقد ترد للزمان ، ويلزم الإضافة إلى الجملة الاسمية كانت أو فعلية ، وندرت إضافتها إلى المفرد، وإن اتصلت بما الكافة ضمنته معنى الشرط وكلمة أين سؤال عن المكان.

وإن قلت: أين زيد؟ فإنما تسأل عن مكانه (**والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو**) ش: أي يلغو ذكر حيث وأين م: (**ويبقى ذكر مطلق المشيئة**) ش: فكأنه قال : أنت طالق إن شئت م: (**فيقتصر على المجلس**) ش: كما في قوله : أنت طالق إن شئت .

فإن قلت: إذا لغا ذكر المكان فيبقى قوله : أنت طالق إن شئت ، فينبغي أن يقع الطلاق، كما لو قال : أنت طالق دخلت الدار ، فإنه يقع الطلاق الساعة فمن أين فيهما معنى الشرط؟ .

قلت: قالوا : إن حيث وأين يفيدان ضربًا من التأخير ، وحروف الشرط أيضًا تفيدان ضربًا من التأخير ، فيشتركان في معنى التأخير ، فيجعلان مجازًا عن حرف الشرط .

فإن قلت : إذا جعلا مجازًا عن إذا ، فلا يبطل بالقيام عن المجلس ، فلم لا يجعلا مجازًا عن إذا؟ .

أجيب : بأن جعلهما مجازًا عن أن أولى ، لتمحضها في معنى الشرط ، فكانت أصلاً في الباب ، والاعتبار بالأصل أولى من غيره .

م: (**بخلاف الزمان ؛ لأن له تعلقًا به**) ش: أي لأن للطلاق تعلقًا بالزمان ، لأن الزمان جزء داخل في ماهية الفعل ، ليدل فعل الطلاق على الزمان م: (**حتى يقع في زمان دون زمان**) ش: يعني يقع في زمان مستقبل دون زمان ماض م: (**فوجب اعتباره**) ش: أي اعتبار الزمان م: (**خصوصًا**) ش: كما لو قال : أنت طالق وغدًا م: (**وعمومًا**) ش: لو قال : أنت طالق في أي وقت شئت، وانتصابهما على التميز من اعتباره ، وعامله الفعل ، أعني وجب . م: (**وإن قال لها : أنت طالق كيف شئت طلقت تطليقة تملك الرجعة**) ش: قوله : تملك الرجعة ، جملة من الفعل والفاعل والمفعول وقعت صفة لقوله : تطليقة. وقوله م: (**ومعناه**) ش: أي معنى قول محمد ، لأنه ذكر المسألة في« الجامع الصغير» . وقال : طلقت تطليقة تملك الرجعة فيها م: (**قبل مشيئة المرأة**) ش: أما

فإن قالت: قد شئت واحدة بائنة أو قالت ثلاثًا . وقال الزوج : ذلك نويت فهو كما قال ؛ لأن عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيئتها وإرادته . أما إذا أرادت ثلاثًا والزوج أراد واحدة بائنة أو على القلب تقع واحدة رجعية ؛ لأنه لغا تصرفها لعدم الموافقة ، فبقي إيقاع الزوج ، وإن لم تحضره النية تعتبر مشيئتها - فيما قالوا - جريًا على موجب التخيير .قال - رحمه الله - قال في الأصل هذا قول أبي حنيفة - رحمه الله - وعندهما لا يقع ما لم توقع المرأة فتشاء رجعية أو بائنة أو ثلاثًا .

إذا شاءت المرأة الواحدة البائنة أو الثلاث يقع ذلك إذا نواه الزوج وهو معنى قوله : م: **(فإن قالت : قد شئت واحدة بائنة)** ش: يعني عقيب قوله : أنت طالق كيف شئت م: **(أو قالت)** ش: أي أو قالت : شئت م: **(ثلاثًا)** ش: طلقات م: **(وقال الزوج ذلك نويت)** ش: أي والحال قال الزوج: نويت ما قالته المرأة من البينونة بالواحدة وبالثلاث م: **(فهو كما قال)** ش: أي فالأمر كما قال الزوج م: **(لأن عند ذلك)** ش: أي لأن عند قول الزوج ذلك نويت م: **(تثبت المطابقة بين مشيئتها وإرادته)** ش: أي بين مشيئة المرأة وإرادة الزوج ، فيكون الواقع على ما ذكر م: **(أما إذا أرادت ثلاثًا)** ش: أي ثلاث طلقات م: **(والزوج أراد واحدة بائنة)** ش: أي وأراد الزوج طلقة واحدة بائنة م: **(أو على القلب)** ش: بأن أرادت المرأة واحدة بائنة ، وأراد الزوج ثلاثًا م: **(يقع واحدة رجعية لأنه لغى تصرفها لعدم الموافقة)** ش: أي المطابقة بين قولها وقول الزوج م: **(فبقي إيقاع الزوج)** ش: يعني في قوله : أنت طالق كيف شئت ، لأنه أصل الطلاق ، فلا يعتد بوصفه .

م: **(وإن لم تحضره النية)** ش: يعني إذا لم ينو الزوج شيئًا م: **(تعتبر مشيئتها)** ش: فيقع ما شاءت سواء شاءت الواحدة البائنة أو الثلاث م: **(فيما قالوا)** ش: أي فيما قال المتأخرون م: **(جريًا على موجب التخيير)** ش: لأن الزوج خيرها في وصف الطلاق بقوله : كيف شئت، فيجري على موجب تخييره ، وإنما قال المصنف فيما قالوا : لأنه لم يرد فيه نص من المتقدمين .

قال الأترازي : والظاهر أنه يقع الرجعي إذا لم ينو الزوج شيئًا على إشارة الجامع الصغير ، لأنه وقع الواحدة البائنة أو الثلاث بمشيئتها إذا نوى الزوج ، فعلم أنه إذا لم ينو شيئًا لا يقع البائن والثلاث ، فبقي إيقاع أصل الطلاق ، وهو الرجعي .

م: **(قال - رحمه الله -)** ش: أي المصنف : م: **(قال في الأصل)** ش: أي قال محمد في المبسوط م: **(هذا قول أبي حنيفة - رضي الله تعالى عنه)** ش: أي المذكور من الأحكام المذكورة قول أبي حنيفة-رحمه الله تعالى- ، إنما قال المصنف ذلك لأن محمدًا -رحمه الله- لم يذكر الخلاف في الجامع الصغير ، وإنما ذكره في الأصل م: **(وعندهما لا يقع ما لم توقع المرأة)** ش: يعني : لا يقع شيء ما لم تشأ المرأة م: **(فتشاء)** ش: أي المرأة م: **(رجعية)** ش: أي تطليقة رجعية م: **(أو بائنة)** ش: أو تشاء بائنة م: **(أو ثلاثًا)** ش: أي أو تشاء ثلاث تطليقات ، والحاصل أنها مخيرة بين هذه الأشياء .

وعلى هذا الخلاف العتاق .لهما أنه فوض التطليق إليها على أي صفة شاءت ، فلا بد من تعليق أصل الطلاق بمشيئتها لتكون لها المشيئة في جميع الأحوال ، أعني قبل الدخول أو بعده .ولأبي حنيفة -رحمه الله - أن كلمة «»كيف» للاستيصاف ، يقال كيف أصبحت ، والتفويض في وصفه يستدعي وجود أصله ، ووجود الطلاق بوقوعه ،

فإن قيل: كيف يباح لها أن تطلق نفسها ثلاثًا ، والزوج لا يسعه أن يطلقها ثلاثًا .

أجيب : بأنه يجوز أن يكون المراد بقوله : إن شاءت نفسها ثلاثًا بمشيئة القدرة لا بمشيئة الإباحة ، كما في قوله تبارك وتعالى : ﴿ **فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر**﴾ على أنه روي عن الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أن ذلك يباح لها في التخيير ، وفي «الفوائد الظهيرية» : لو طلقت نفسها ثلاثًا على قولهما أو ثنتين على قول أبي حنيفة لا يكره ، لأنها مضطرة إلى ذلك ، لأنها لو فرقت خرج الأمر من يدها ، بخلاف ما لو أوقع الزوج ذلك .

م: (**وعلى هذا الخلاف**) ش: أي الخلاف المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه م: (**العتاق**) ش: يعني إذا قال لعبده أنت حر كيف شئت يعتق عبده في الحال ولا مشيئة له ، وعندهما : لا يعتق قبل المشيئة ، وبه قال الشافعي .

م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد م: (**أنه فوض التطليق إليها على أي صفة شاءت ، فلابد من تعليق أصل الطلاق بمشيئتها**) ش: لأنه إذا لم يتعلق أصله لا يقع كيف شاءت ، لأن الوصف لا يتحقق بدون الأصل م: (**لتكون لها المشيئة في جميع الأحوال**) ش: يعني سواء كان م: (**أعني قبل الدخول أو بعده**) ش: وقد فسره بقوله : أعني قبل الدخول وبعده ، فلا يقع الطلاق بدون مشيئتها عندهما ، كما في قوله : أنت طالق إن شئت أو كم شئت أو حيث شئت أو أين شئت .

م: (**ولأبي حنيفة - رحمه الله تعالى - أن كلمة كيف للاستيصاف**) ش: أي للسؤال عن وصف الشيء م: (**يقال : كيف أصبحت؟**) ش: أي : صحيح أم بك تشويش ، وهو اسم ويستعمل على وجهين: **أحدهما** : أن يكون شرعًا نحو كيف تضع ، **والثاني**: هو الغالب فيه أن يكون استفهامًا حقيقة ، نحو كيف زيدًا ، وغير حقيقي نحو قوله تعالى : ﴿**كيف تكفرون بالله**﴾ (البقرة :الآية ٢٨) ، فإنه خرج مخرج التعجب ، فإنه كان وضع كيف لسؤال الحال ، لأن الذات كان لوصف الطلاق في البينونة والعدد متعلقًا بالمشيئة دون أصله ، ولكن في غير المدخول بها ، لا مشيئة لها بعد وقوع أصل الطلاق ، لحصول البينونة . وفي المدخول بها يقع ما شاءت إذا وافقت نية الزوج ، وإذا خالفت يقع الطلاق الرجعي .

م: (**والتفويض في وصفه**) ش: أي وصف الطلاق م: (**يستدعي وجود أصله**) ش: أي أصل الطلاق ، لأن الوصف قائم به م: (**ووجود الطلاق بوقوعه**) ش: أي بوقوع الطلاق .

وإن قال لها أنت طالق كم شئت أو ما شئت ،طلقت نفسها ما شاءت ، لأنهما يستعملان للعدد ، فقد فوض إليها أي عدد شاءت، فإن قامت من المجلس بطل ، وإن ردت الأمر كان رداً ، لأن هذا أمر واحد ، وهو خطاب في الحال، فيقتضي الجواب في الحال .

فإن قلت: لما كان تفويضًا في وصفه إلى مشيئتها ، فيجب أن يكون في مستقبله في إثبات ما شاءت بلا نية الزوج ، كما في سائر التفويضات .

أجيب : بأن أبا بكر الرازي ذكر أن لها المشيئة في إثبات وصف البينونة أو الثلاث بلا نية الزوج، وما ذكر في الكتاب قول الجصاص .

م: (**وإن قال لها أنت طالق كم شئت ، أو ما شئت؛ طلقت نفسها ما شاءت؛ لأنهما**) ش: أي لأن كم وما م: (**يستعملان للعدد، وقد فوض إليها أي عدد شاءت**) ش: أما كم فإنه كناية عن العدد لا على سبيل التعيين، ألا ترى إلى قولهم : كم درهمًا عندك ، وكم غلام ملكت في الاستفهامية والخبرية ، فوقعت عامة لإبهامها ، كان لها أن تطلق إن شاءت واحدة، وإن شاءت ثنتين، وإن شاءت ثلاثًا .

م: (**فإن قامت من المجلس بطل**) ش: أي لا يقع شيء، لأن هذا تمليك والتمليكات تقتصر على المجلس ، فإذا وجد دليل إعراض من القيام عن المجلس، ومن الاشتغال بعمل آخر به ، حيث يقع المجلس بطلت مشيئتها، ولم يقع بعد ذلك شيء بمشيئتها م: (**وإن ردت الأمر كان ردًا ، لأن هذا أمر واحد**) ش: هذا احتراز عن كلما وقوله م: (**وهو خطاب في الحال**) ش: احتراز عن إذا ومتى ، يعني «إذا » تمليك في الحال؛ لأنه ليس في كلامه ذكر الوقت م: (**فيقتضي الجواب في الحال**) ش: لا يقال : إن كم تستعمل في العدد والواحد ليس بعدد، فينبغي أن يملك الواحد، لأنا نقول أن الواحد أصل العدد ، وفي الفرق يستعمل في العدد ، ألا ترى لو قيل : كم معك استفهام الجواب عن الواحد .

فإن قيل : كلمة ما تستعمل للعدد، وتستعمل للوقت ، كقوله تعالى : ﴿ **ما دمت حيًا**﴾ (مريم : الآية ٣١) فوقع الشك في تفويض العدد، فلا يثبت العدد بالشك .

أجيب : بأن هذا معارض بمثله ، فأما لو عملنا بمعنى الوقت لا يبطل بالقيام عن المجلس. ولو علمنا بمعنى العدد يبطل، فوقع الشك بكونه مما وراء المجلس فلا يثبت بالشك ، ثم رجحنا جانب العدد بأصل آخر ، وهو أن التفويض بمعنى التمليك ، والتمليكات تقتصر على المجلس ، وإنما يكون لو كانت معمولاً ، وبمعنى العدد لا بمعنى الوقت. قال الأكمل : فيه نظر ، لأن فيه معنى التعليق ، فيتوقف على ما وراء المجلس، فيتعارض جهتا الترجيح . والجواب أنه تمليك فيه معنى التعليق ، والأول كالأصل، فالترجيح به أولى .

وإن قال لها طلقي نفسك من ثلاث ما شئت ، فلها أن تطلق نفسها واحدة أو ثنتين ،ولا تطلق ثلاثاً عند أبي حنيفة-رضي الله عنه-.وقالا: تطلق ثلاثاً إن شاءت ؛ لأن كلمة «ما» محكمة في التعميم ، وكلمة من قد تستعمل للتميز فيحمل على تمييز الجنس ، كما إذا قال كل من طعامي ماشئت ،أوطلق من نسائي من شئت .ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن كلمة (من) حقيقة للتبعيض ، (ما) للتعميم ، فيعمل بهما ، وفيما استشهدا به ترك التبعيض لدلالة إظهار السماحة أو لعموم الصفة ، وهي المشيئة ، حتى لو قال من شئت كان على هذا الخلاف . والله تعالى أعلم بالصواب

م: **(وإن قال لها : طلقي نفسك من ثلاث ما شئت ، فلها أن تطلق نفسها واحدة أو ثنتين ،ولا تطلق ثلاثًا عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - وقالا : تطلق ثلاثًا إن شاءت ؛ لأن كلمة «ما» محكمة للتعميم، وكلمة «من» قد تستعمل للتميز)** ش: أي للبيان ، كما في قوله تعالى : **﴿فاجتنبوا الرجس من الأوثان﴾** (الحج : الآية ٣٠) ، وقد تكون لغيرهما ، فإذا عرفت ذلك قد اجتمع في كلامه المحتمل والمحكم، فيحمل المحتمل على المحكم ، كما هو الأصل، وقال المصنف - رحمه الله تعالى - : م: **(فيحمل على تمييز الجنس)** ش: أي يجعل بيان العموم لعموم الجنس ، أي لتمييز الطلاق من سائر الأشياء في التفويض ، أو هو صلة ، كذا في المبسوط .

م: **(كما إذا قال كل من طعامي ما شئت)** ش: يعم الإذن م: **(أو طلق من نسائي من شئت)** ش: فله أن يطلق من شاء من نسائه م: **(ولأبي حنيفة - رحمه الله تعالى - أن كلمة من حقيقة للتبعيض)** ش: فيه نظر ، لأن من تأتي بخمسة عشر معنى الغالب عليها ابتداء الغاية ، حتى ادعى جماعة أن سائر معانيها راجعة إليه م: **(و«ما» للتعميم)** ش: أي كلمة ما للتعميم م: **(فيعمل بهما)** ش: لأن الأصل أن يعمل بحقيقة الكلام ما لم يدل دليل المجاز . وقال الأترازي : لا يقال ينبغي على هذا أن لا تطلق نفسها واحدة ، لأن الواحدة ليس فيها معنى العموم أصلاً ، وهي بعض حرف، لأنا نقول لما ملكت الثنتين بحكم الأمر ملكت الواحدة أيضًا ، وهذا ما سنح به خاطري في هذا المقام . قلت: سبق لهذا غيره ، لأن الأكمل سأل هذا ، وأجاب بقوله بأنه يتناول الواحدة دلالة .

م: **(وفيما استشهدا به)** ش: هذا جواب عن قول أبي يوسف، ومحمد مستشهدين بقوله ، كما إذا قال : كل من طعامي تقريره أن فيه قام الدليل على إرادة المجاز ، وهو أنه م: **(ترك التبعيض)** ش: بدليل خارجي، وهو قوله م: **(بدلالة إظهار السماحة)** ش: لأن في العرف يراد بمثل هذا الكلام إظهار السماحة والكرم، وذلك بالعموم م: **(أو لعموم الصفة، وهي المشيئة)** ش: لأن النكرة إذا وصفت بصفة عامة تعم م: **(حتى لو قال من شئت)** ش: يعني لو قال : طلق من نسائي من شئت م: **(كان على هذا الخلاف)** ش: المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه ، ثم عنده إن طلقت نفسها ثلاثًا لا يقع .

....

فروع : لو قال لها : أنت طالق ثلاثًا ، إلا أن تشائي واحدة ، فشاءت واحدة يقع واحدة عند أبي يوسف . وقال محمد : لا يقع شيء ولو قال : طلقها إن شاء الله وشئت ، أو قال : أنت طالق إن شاء الله وفلان أو شئت ما شاء الله وفلان لا يقع بالمشيئة شيء . ولو قال : إن شئت وشاء فلان يقع بمشئتها . ولو قال : إن شئت فأنت طالق ، إن شئت أو متى شئت أو حين شئت ، فلها مشيئتان مشيئة في الحال ومشيئة في عموم الأحوال .

ولو قال لامرأتيه : إن شئتما فأنتما طالقتان فشاءت إحداهما أو شاء بإطلاق إحداهما لا يقع لعدم وجود الشرط . ولو قال : طلقها ثلاثًا ، فطلقها أحدهما واحدة ، والآخر ثنتين وقع الثلاث . ولو قال لها إن شئت فأنت طالق ثم قال لأخرى طلاقك مع طلاق هذا يقع عليهما بمشيئة الأولى إن نوى الزوج وإلا لم يقع . ولو قال أنت طالق واحدة إن شئت فقالت : شئت نصف واحدة لم تطلق عند أبي يوسف - رحمه الله - . ولو قالت طلقني وطلقني وطلقني، فقال الزوج : طلقت فهي ثلاث ، ولو قالت : طلقني طلقني طلقني بغير واو فطلق الزوج ، فإن نوى واحدة فواحدة ، وإن نوى ثلاثًا فثلاثًا .

وفي «الأشراف» لابن المنذر : اختلفوا في الرجل يملك أمر امرأتي رجلين يشترط اجتماعهما على الطلاق ، قاله الحسن والأوزاعي والثوري ومالك والشافعي وأبو ثور وأبو عبيد - رحمهما الله - .

وقال زفر : ينفرد أحدهما به ، فإن طلق إحداهما ثلاثًا والأخرى واحدة يقع واحدة عندنا ، وبه قال أحمد وابن راهويه ، واختاره عند مالك وأصبغ من المالكية . وقال مالك - رحمه الله - : لا يقع شيء . وقال الزهري : هي طالق والله أعلم بالصواب .

* * *

باب الأيمان في الطلاق

وإذا أضاف الطلاق إلى النكاح وقع عـقيب النكاح ،مثل أن يقول لامرأة إن تـزوجتك فأنت طالق أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق . فعند الـشافعي - رحمه الله - لا يقع لقوله ﷺ: لا طلاق قبل النكاح

م: (**باب الأيمان في الطلاق**)

ش: أي هذا باب في بيـان حكم الأيمان في الطلاق. ولما فـرغ من ذكـر الطلاق بالتـخـيـيـر بالصريح والكناية ، شرع في ذكره بسبيل التعليق قدم التخيير ، لأنه هو الأصل والتعليق مركب من ذكر الطلاق، وحرف الشرط والمركب فرع المفرد، ثم اليـمين يقع على الحلف بالله حقيقة، ويقع على التعليق مجازًا، لأن اليمين لغة القوة، قال الشاعر :

إن المقادير بالأوقات نازلة ولا يمين على دفع المقادير

أي لا قوة ، واليـمين في الطلاق عـبارة عن تعليقه بأمـر يدل على معنى الشرط، فـهو في الحقيقة شرط وجزاء ، سـميا يمينًا مجازًا ، لما فيه من معنى التشبيه، وإضـافة ما يحتـمل التعليق في الشرط كالطلاق والعتاق والظهار إلى المالك جائزة ، سـواء كـانت على الخصوص كما إذا قـال لامرأته : إذا تزوجتك فأنت طالق أو على العموم ، كقوله: كل امرأة تزوجتها فهي طالق.

فإن قلت سميت اليمين بالله يمينًا لزيادة القوة ، لأن الإنسان منقلب البال، فربما لا يثبت على ما يقصده ، فيذكر اسم الله تعالى على وجه الحمد أو المنع فيتقوى بذلك على ما يريده ، فما معنى اليمين في ذكر الشرط والجزاء .

قلت وفيه معنى الحمد أو المنع ، فسمي لذلك فافهم .

م: (**وإذا أضاف الطلاق إلى النكاح وقـع عقيب النكاح ، مـثل أن يقول لامرأة : إن تزوجـتك فأنت طالق، أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق**) ش: وبه قال عمر بن الخطاب وعبد الله ابن مسعود وعبد الله بن عمر وأبو بكر بن عمرو بن حزم وأبو بكر بن عبد الرحمن وشريح والزهري وسعيد بن المسيب والنخعي والشعبي ومكحول وسالم بن عبد الله وعطاء وحماد بن أبي سليمان في آخرين ، وهو قول مالك وربيعة والأوزاعي والقاسم وعمر بن عبد العزيز وابن أبي ليلى، لكن قـالوا : هذا إذا لم يعين بل عين امرأة أو قال : كل امرأة أتزوجها من بني تميم أو بني أسد.

فإن عين قبيلة أو بلدة م: (**فعند الشـافعي - رحـمه الله - لا يقع**) ش: وبه قـال أحمـد ، ويروى ذلك عن علي وابن عباس وعـائشة - رضي الله تعـالى عنهم- ، وهو قـول الظاهرية، وفيه قـول آخر ، وهو أنه إذا نكح لم يؤمر به ، قاله أبو عبيد، وفيـه قـول آخر، وهو أنه يصح تعليق العتق بالملك دون الطلاق، وهـو رواية عن أحمـد - رحمه الله- م: (**لقـوله ﷺ : «لا طلاق قـبل النكاح»**)

....

ش: هذا الحديث رواه ابن ماجة في «سننه» عن هشام بن سعيد عن الزهري عن عروة عن المسور ابن مخرمة عن النبي ﷺ قال: «لا طلاق قبل نكاح ولا عتاق قبل ملك»[1] وضعفه ابن عدي، وقال: رواه الزهري عن عروة مرة مرفوعًا، ومرة عن عروة مرسلاً.

وفي هذا الباب روي عن جماعة من الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - وهم: علي بن أبي طالب، وعبد الله بن عمرو بن العاص، وعائشة، ومعاذ، وجابر، وابن عباس، وأبو ثعلبة، الخشني -رضي الله تعالى عنهم أجمعين-، فحديث على عند ابن ماجة من رواية جويبر عن الضحاك عن النزال بن سبرة عن علي عن النبي ﷺ: «لا طلاق قبل نكاح». وجويبر هو ابن سعيد أبو القاسم الأزدي الخراساني البلخي ضعفه علي بن المديني ويحيى بن سعيد. وقال أحمد: لا يشتغل بحديثه. وقال يحيى بن معين: ليس بشيء. وقال النسائي والدارقطني: متروك.

وحديث عبد الله بن عمر - رضي الله تعالى عنهما - عند الدارقطني في «سننه» عن أبي خالد الواسطي عن أبي هاشم الرماني عن سعيد بن جبير عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه سئل عن رجل قال يوم أتزوج فلانة فهي طالق، قال: طلق ما لا يملك. قال صاحب النقيح: هذا حديث باطل، وأبو سعيد الواسطي هو عمرو بن خالد، وهو وضاع. وقال أحمد ويحيى: كذاب.

وحديث عبد الله بن عمر - رضي الله عنه - عند أبي داود والترمذي وابن ماجة عن عامر الأحول عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا نذر لابن آدم فيما لا يملك، ولا عتق له فيما لا يملك»[2].

وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، وهو أحسن شيء روي في هذا الباب.

---

(١) أخرجه ابن ماجة (١/ ٦٦٠) من طريق علي بن الحسين بن واقد ثنا هشام بن سعد عن الزهري عن عروة عن المسور بن مخرمة . . . مرفوعًا وفيه علي بن الحسين وهو ضعيف وكذلك هشام بن سعد وهو ضعيف، وأخرجه البيهقي (٧/ ٣١٨) من طريق مطر الوراق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ «لا طلاق على الرجل فيما لا يملك ولا عتق فيما لا يملك» أورده الهيثمي في المجمع (٤/ ١٨٧) من حديث علي وقال: رواه الطبراني في الصغير ورجاله ثقات.

قلت: وبالجملة فالحديث يصحح بطرقه، والله أعلم.

(٢) الحديث أخرجه الدارقطني من طريق ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن طاوس عن معاذ بن جبل أن رسول الله ﷺ قال: «لا طلاق قبل نكاح ولا نذر فيما لا يملك» وقال الهيثمي في المجمع (٤/ ١٨٨): رواه الطبراني في النكاح وفيه من لم أعرفه.

قلت: والإسناد الأول فيه عنعنة ابن جريج وهو مدلس والانقطاع بين طاوس ومعاذ ولكن له أسانيد يحسن بمجموعها والله أعلم.

ولنا أن هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء ، فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال؛

قلت: قال ابن العربي : أخبارهم ليس لها أصل في الصحة ، فلا يشتغل بها ، ولئن صح فهو محمول على التخيير ، ولا يلزم من بطلان التخيير بطلان التعليق ، ولم يقل ﷺ لا تعليق طلاقًا . فإن قالوا: هو مضمر، فنقول : الأصل عدم الإضمار . وقال صاحب «الاستذكار »: روي من وجوه إلا أنها عند أهل الحديث معلولة .

فإن قلت : قال البخاري : هذا الحديث أصح ما في الباب .

قلنا : تركه إياه وعدم تخريجه في «الصحيح» يرد ما ذكر عنه من هذا .

وحديث عائشة -رضي الله تعالى عنها - عند الدارقطني من رواية الوليد بن سلمة الأزدي عن يونس عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت : « **بعث النبي ﷺ أبا سفيان بن حرب ، فكان فيما عهد إليه أن لا يطلق الرجل ما لم يتزوج ولا يعتق ما لم يملك**»[1] . قال الأزدي وابن حبان : الوليد بن سلمة : كان يضع الحديث على الثقات، لا يجوز الاحتجاج به . وقال : هو كذاب .

وحديث معاذ بن جبل - رضي الله تعالى عنه - عند الدارقطني من رواية عبد المجيد ، وهي ابن داود عن ابن جرير عن عمرو بن شعيب عن طاوس عن معاذ بن جبل أن رسول الله ﷺ **قال** : «**لا طلاق قبل نكاح ، ولا نذر فيما لا يملك** » ، ورواه أيضًا من رواية يزيد بن عياض عن الزهري عن سعيد بن المسيب وطاوس عن معاذ بن جبل مرسلاً ، وكذا سعيد بن المسيب، ورواه أيضًا ابن عدي في « الكامل »من رواية عمرو بن عمرو عن أبي فاطمة النخعي وعمرو بن عمرو يروي الموضوعات ، وأبو فاطمة مجهول لا يعرف .

وحديث ابن عباس - رضي الله عنهما - عند الحاكم عن أيوب بن سليمان الجريري عن ربيعة ابن أبي عبد الرحمن عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس مرفوعًا . وقال ابن عبد الحق في «أحكامه » : إسناده ضعيف، وسليمان بن أبي سليمان شيخ ضعيف . وقال ابن معين : ليس بشيء.

وحديث أبي ثعلبة الخشني عند الدارقطني من رواية بقية بن الوليد عن ثور بن يزيد عن خالد ابن معدان عن أبي ثعلبة الخشني قال: قال لي ﷺ... الحديث، وفيه : «لا طلاق إلا بعد نكاح » .

م: (**ولنا أن هذا**) ش: أي التعليق بالشرط م: (**تصرف يمين**) ش: من الحالف في ذمة نفسه م: (**لوجود الشرط والجزاء فلا يشترط**) ش: وهو التعليق م: (**لصحته قيام الملك في الحال**) ش: كاليمين

---

(١) رواه الدارقطني (٤/ ١٥) من طريق الوليد بن سلمة الأزدي ثنا يونس عن الزهري عن عروة عن عائشة ، ورواه كذلك من طريق معمر بن بكار ثنا إبراهيم بن سعد عن الزهري عن عروة عن عائشة . قلت : والإسناد الأول فيه كذاب ، وهو الوليد ، والإسناد الثاني فيه ضعيف ، وهو معمر .

لأن الوقوع عند الشرط، والملك متيقن به عنده ، وقيل ذلك أثره المنع وهو قائم بالتصرف . والحديث محمول على نفي التنجيز ، والحمل مأثور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما . وإذا أضافه إلى شرط وقع عقيب الشرط ، مثل أن يقول لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق ، وهذا بالاتفاق ؛

بالله تعالى ، والنذر المعلق بالعتق م: (**لأن الوقوع عند الشرط**) ش: أي لأن وقوع الطلاق عند وجود الشرط لا يقع قبل وجوده ، فحين وجود الشرط يحصل ملك الطلاق ، لأن التزوج سبب لملك الطلاق وذمة الحال كافية لصحة اليمين لأهليته م: (**والملك متيقن به عنده**) ش: أي عند الشرط ، ويصح مع احتمال الملك عند الشرط ، فمع المتيقن بالملك أولى ، وبيانه أن من قال لامرأته : إن دخلت الدار ، وإن احتمل عند وجود الشرط بأن تصير مطلقة فلأن يصح هنا هو التيقن أولى .

م: (**وقيل ذلك أثره المنع**) ش: أي قبل وجود الشرط أثر الشرط لم يمنع السبب من أن يتصل بالمحل م: (**وهو قائم بالتصرف**) ش: أي تصرف اليمين الحلف قائم بالمتصرف ، ولا حاجة إلى اشتراط المحل ، بل ذمة الحالف كافية م: (**والحديث**) ش: أي الحديث الذي احتج به الشافعي- رحمه الله - ومن معه المذكور م: (**محمول على نفي التنجيز**) ش: أي لا طلاق قبل النكاح منجزًا ، والمنجز هو الطلاق حقيقة لا المعلق . وتحقيقه أنهم سألوه ﷺ عن كون ذلك الطلاق ، فقال : لا طلاق قبل النكاح وليس الكلام فيه ، وإنما الكلام في تعليق الطلاق بالنكاح جائز أو ليس بجائز ، وليس في الحديث ما يدل على نفيه أم إثباته .

م: (**والحمل**) ش: أي حمل الحديث على التخيير م: (**مأثور عن السلف**) ش: أي مروي عنهم م: (**كالشعبي**) ش: هو عامر بن شراحيل من كبار التابعين نسبته إلى شعيب الأصغر بطن بالكوفة م: (**والزهري**) ش: هو محمد بن مسلم بن عبد الله بن عبيد الله بن شهاب ، ونسبته إلى م: (**غيرهما**) ش: أي غير الشعبي والزهري مثل سالم والقاسم وإبراهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز والأسود وأبي بكر بن عبد الرحمن ومكحول . فإن أبا بكر بن أبي شيبة رضي الله عنه خرج عن هؤلاء في «مصنفه» في رجل قال : إن تزوجت فلانة فهي طالق أو يوم أتزوجها فهي طالق ، قالوا : هو كما قال . وفي لفظ : يجوز ذلك عليه .

م: (**وإذا أضافه**) ش: أي أضاف الرجل الطلاق م: (**إلى شرط وقع عقيب الشرط ،مثل أن يقول لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق**) ش: لأن المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط م: (**وهذا بالاتفاق**) ش: احترز به عن المسألة المتقدمة أعني قوله : إن تزوجتك فأنت طالق ، لأن فيها خلاف الشافعي - رحمه الله - كما مر .

قال الأترازي : يجوز أن يكون احترازًا عن المسألة التي بعد هذه ، أعني قوله لأجنبية : إن دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق ، لأن فيها خلاف ابن أبي ليلى ، فعنده

لأن الملك قائم في الحال، والظاهر بقاؤه إلى وقت وجود الشرط فيصح يميناً أو إيقاعاً. ولا تصح إضافة الطلاق إلا أن يكون الحالف مالكاً، أو يضيفه إلى ملكه، لأن الجزاء لابد أن يكون ظاهراً ليكون مخيفاً،

تطلق.

م: (**لأن الملك قائم في الحال**) ش: هذا جواب عما يقال: سلمنا أن الطلاق يقع عقيب الشرط إذا كان الملك حينئذ قائمًا، أما إذا زال فلا ينبغي أن يصح يمينه أصلاً لاحتمال زوال الملك، فأجاب بقوله: لأن الملك قائم في الحال لكونه تحققًا في الحال م: (**والظاهر بقاؤه إلى وقت وجود الشرط**) ش: لأن الأصل في كل ثابت استمراره، خصوصًا النكاح الذي هو عقد العمر، ومجرد احتمال الزوال لا يلتفت إليه، لأنه ليس بناشيء عن الدليل، فلما صح تعليقه بالنظر إلى بقاء الملك ظاهرًا وقع كلامه المعلق يمينًا على أصلنا، لأن التعليقات ليست بإثبات في الحال عندنا، وإنما تنقلب أسبابًا عند الشرط، وعلى أصل الشافعي إيقاعًا لأن للتعليقات أسبابًا عنده في الحال والملك في الحال موجود.

م: (**فيصح**) ش: أن تعليقه على الأصلين م: (**يمينًا**) ش: أي من حيث أنه يمين عندنا م: (**أو إيقاعًا**) ش: أي أو صح من حيث الإيقاع عنده. وقال الكاكي: مستدلاً لأصحابنا في هذه المسألة، ولنا قوله ﷺ: « **كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون** »(١) وقد صح سنده، فلا يخرج ذلك من العموم بما لا يثبت، فإن أحاديثهم ضعيفة، وقد ضعفها ابن حنبل والقاضي أبو بكر بن العربي الأشبيلي، فقال أبو بكر: أحاديثهم ليس لها أصل في الصحة فلا يشتغل بها، ولهذا ما عمل بها مالك وربيعة والأوزاعي من أهل الحديث انتهى.

قلت: هذا الحديث ذكره المصنف في فصل بعد طلاق السنة، وهذا حديث غريب، وكيف يقول الكاكي وقد صح سنده، وأعاده المصنف أيضًا في باب الحجر بلفظ المعتوه عوض المجنون.

وأخرج الترمذي عن عطاء بن عجلان عن عكرمة بن خالد المخزومي عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ « **كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله** ». وقال هذا حديث لا نعرفه مرفوعًا إلا من حديث عطاء بن عجلان، وعطاء بن عجلان ضعيف ذاهب الحديث.

م: (**ولا تصح إضافة الطلاق إلا أن يكون الحالف مالكًا**) ش: يعنى إلا إذا حلف في الملك م: (**أو يضيفه**) ش: أي أو يضيف الطلاق م: (**إلى ملكه؛ لأن الجزاء لا بد أن يكون ظاهرًا**) ش: أي ظاهر الوجود أو غالب الوجود م: (**ليكون**) ش: أي الجزاء م: (**مخيفًا**) ش: أي بوقوع الجزاء فيما إذا كان

---

(١) رواه الترمذي (١٢٠٩) قال الحافظ الزيلعي في « نصب الراية » (٣/ ٢٢٦) حديث غريب - وقال الترمذي: هذا حديث لا نعرفه مرفوعًا إلا من حديث عطاء بن عجلان، وهو ضعيف ذاهب الحديث.

فيتحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور بأحد هذين، والإضافة إلى سبب الملك بمنزلة الإضافة إليه؛ لأنه ظاهر عند سببه .فإن قال لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق ، ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق ؛ لأن الحالف ليس بمالك ، وما أضافه إلى الملك أو سببه ولا بد من واحد منهما

المقصود منه المنع بأن قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، فعلى تقدير الإقدام على دخول الدار يقع الطلاق ، لأنه دار نفقتها وكفايتها ، فكان وقوعه مطلقًا لها ، فأما إذا كان للحمل بحرف الشرطية يدخل على المنهي ، كما في قوله : إن لم تدخلي الدار فأنت طالق .

فإن قيل: لو قال لها إن حضت فأنت طالق يصح مع أنه لا يكون فيها فائدة اليمين، وهو المنع لما أنها غير قادرة على منع حيضها . قيل: الاعتبار للغالب لا للنادر ، لأن الكلام في الكليات لا في الأفراد والتخلف في الأفراد لا يضرنا ، قيل فيه نظر ، لأن الكلي ينبغي أن يكون شاملاً للأفراد ، فإذا لم يشملها لا يكون كليًا ، انتهى .

قلت: السؤال والجواب للكاكي ، والنظر للأترازي ، ولكن فيه نظر لا يخفى على المتأمل .

م: (**فيتحقق معنى اليمين**) ش: بالنصب عطفًا على قوله ليكون م: (**وهو القوة**) ش: أي قوة خوف نزول الجزاء والخوف إنما يحصل بكون الجزاء غالب الوجود عند الشرط وم: (**الظهور**) ش: أي ظهور الجزاء م: (**بأحد هذين**) ش: وهو كون الحالف مالكًا أو مضيفًا إلى الملك م: (**والإضافة إلى سبب الملك**) ش: أي إضافة الطلاق إلى سبب الملك وهو التزوج م: (**بمنزلة الإضافة إليه**) ش: أي إلى الملك، وذلك فيما إذا قال لأجنبية إن تزوجتك فأنت طالق .

وهو بمنزلة إضافة الطلاق إلى الملك، لأن الجزاء جزء من الوجود عند وجود الشرط فيصير قوله : إن تزوجتك بمنزلة قوله : إن ملكتك بالتزويج م: (**لأنه**) ش: أي لأن الجزاء م: (**ظاهر عند سببه**) ش: أي عند سبب الملك .

م: (**فإن قال لأجنبية**) ش: هذا تفريع على ما مهد من الأصل ، يعني إذا قال الرجل لامرأة أجنبية : م: (**إن دخلت الدار فأنت طالق ، ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق ؛ لأن الحالف ليس بمالك ، وما أضافه إلى الملك أو سببه ولا بد من واحد منهما**) ش: يعني الحالف في هذه المسألة لم يكن مالكًا ولا مضيفًا إلى الملك وسببه ، ولا بد منهما .

وقال ابن أبي ليلى : يقع التزوج إذا دخلت بعد التزوج ، قيل كان ينبغي أن يقع الطلاق في هذه الصورة ، لأن المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده .

أجيب : بأن المعلق إنما يكون كالمنجز إذا صح التعليق ، ولم يصح في هذه الصورة، ولا يقدر في تصحيح كلامه إن تزوجتك ودخلت الدار فأنت طالق ؛ لأن كلامه صحيح بدون تقدير التزوج ، و لا يخفى ذلك .

وألفاظ الشرط إن وإذا ، وإذا ما ، وكل ، وكلما ، ومتى ، ومتى ما ؛

م: (وألفاظ الشرط) ش: إنما لم يقل حروف الشرط ، لأن كلمة «إن » هو الحرف وحده، والباقي أسماه وكلمة م: (إن) ش: وهو الأصل في باب الشرط لدخوله على الفعل ، وفيه حظر، بخلاف سائر الألفاظ ، فإنها تدخل على الاسم وليس فيه حظر ، فيرد لثلاثة معان أخرى :

الأول: معنى المعنى نحو ﴿ إن الكافرون إلا في غرور﴾ (الملك : الآية ٢٠) .

الثاني: أن تكون مخففة من الثقيلة نحو ﴿ وإن وجدنا أكثرهم لفاسقين﴾ (الأعراف : الآية ١٠٢)

الثالث: أن تكون زائدة نحو إن طبا حين .

م: (وإذا) ش: اعلم أن إذا ترد على وجهين

أحدهما: أن تكون للمفاجأة ، فتختص بالجملة الإسمية ، نحو خرجت فإذا زيد .

والأخرى: أن يكون ظرفًا للمستقبل متضمنة معنى الشرط ، فيختص بالجملة الفعلية ، ويكون الفعل بعدها ماضيًا كثيرًا أو مضارعًا دون ذلك .

م: (وإذا ما، ومتى) ش: متى ترد على أربعة أوجه استفهام نحو ﴿متى نصر الله﴾ (البقرة : الآية ٢١٤)، واسم شرط كقوله متى أضع العمامة تعرفوني ، واسم مرادف للوسط ، يقال وضعت متى كمى أوسط كمي .

وحرف بمعنى من أدنى ، وذلك في لغة هذيل ، يقولون أخرجها متى كمه ، أي منه م: (ومتى ما) ش: دخلت ما في متى وكلاهما يلزمان م: (وكل) ش: لفظية «كل »اسم موضوع لاستغراق أفراد المنكر نحو قوله تعالى ﴿كل نفس ذائقة الموت﴾ (آل عمران : الآية١٨٥) .

والمعرف المجموع نحو قوله تعالى ﴿وكلهم آتيه﴾ (مريم : الآية٩٥) ، وأجزاء المفرد المعرف نحو كل زيد حسن م: (وكلما) ش: وقد ذكر المصنف ألفاظ الشرط هنا سبع كلمات .

وفي «جوامع الفقه » حروف الشرط : إن ، وإذا ، ومتى، ومتى ما ، ولولا . وقال ابن نفيس في «شرح المفصل» : الأسماء التي يجازى بها إحدي عشر : من ، وما ومهما، وأي ، والظروف : أين ، وإن ، ومتى ومتى ما ، وحيثما ، وإذا، وإذا ما . زاد عليها في« المحلل في شرح الجمل» أيا وكيفما عند الكوفيين ، ولم يذكروا كلاً وكلما . وجميعًا يجزم مثل أن .

وفي الروضة للنووي -رحمه الله- الألفاظ التي تعلق بها الطلاق بالشرط من وإذ وإذا ومتى ومتى ما وكيفما وأي ، و ليس فيها ما يقتضي التكرار إلا كلما ، وإنما لم يذكر المصنف كلمة

لو مع أنه للشرط وضعًا ، ذكر في شرح المفصل بإعتبار أنه يعمل عمل الشرط معنى لا لفظًا ، وغيرها يعمل لفظًا ، وغيرها يعمل لفظًا ومعنى حتى يجزم في مواضع الجزم ، وفي غير مواضع الجزم لزم دخول الفاء في جزائهن .

م: **(لأن الشرط مشتق من العلامة)** ش: هذا الكلام لا يستقيم ، لأن معنى الاشتقاق هو أن ينتظم الصيغتان معنى واحداً من لفظ الشرط ومن لفظ العلامة ، غير أن الشراح تكلفوا وقالوا الشرط بالتحريك العلامة ، فتقدير كلامه الشرط مشتق من العلامة ، أي من الشرط الذي هو بمعنى العلامة .

ثم اعلم أن الشرط مشتق من أشرط بفتح الراء الذي بمعنى العلامة ، لا من شرط الحاكم وشرط اليمين فإنه بسكون الراء على شروط في الكثرة ، وأشرط في القلة كفلوس وأفلس في جمع فلس .

وأما الشرط بالتحريك فيجمع على أشراط ، ومنه ذكر أشراط الساعة ، أي علامتها ، والشرط هنا عبارة عن أمر منتظر على حظر الوجود يقصد نفيه وإثباته ، كقولك إن زرتني أكرمتك ، وإن لم تشمتني أجبتك ، فمن هذا يعرف أن كلمة إن هي الأصل في باب الشرط لدخولها على الفعل ، وفيه حظر بخلاف سائر الألفاظ ، فإنها تدخل على الاسم ، وليس فيها حظر وإنما لمجازاة باعتبار تضمنها معنى إن ، فكان ينبغي على هذا أن لا تستعمل كل في مجازاة الدخول على الاسم خاصة ، إلا أن الاسم الذي يتعقبه يوصف بفعل لا محالة ، فيكون ذلك الفعل في معنى الشرط ، كقولك : كل عبد اشتريته فهو حر ، وكل امرأة تزوجتها فهي طالق ، فألحق كل بحرف الشرط .

ثم اعلم أن الشروط شرعية وعقلية وعرفية ولغوية .

فالشريعة كالوضوء للصلاة ، والعقلية كالحياة مع العلم ، يلزم من وجود العلم وجود الحياة دون العكس . والعرفية ، ويقال لها الشروط العادية أيضًا ، كالسلم مع صعود السطح يلزم من وجود صعود السطح وجود نصب السلم .

واللغوية مثل التعليقات كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق ، فإنه يلزم من وجود الشرط وجود المشروط ، فيلزم من دخول الدار وقوع الطلاق .

م: **(وهذه الألفاظ)** ش: أي إن وإذا . . . . . . إلى آخرها م: **(مما تليها أفعال)** ش: يستثنى منها كلمة كل ، لأنها ليست شرطًا حقيقة ، لأن ما يليها اسم الشرط يتعلق به الجزاء ، والأجزية تتعلق بالأفعال ، إلا أنه ألحق بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها مثل : كل عبد اشتريته ، وكل امرأة

فتكون علامات على الحنث ، ثم كلمة أن حرف للشرط؛ لأنه ليس فيها معنى الوقت ،وما وراءها ملحق بهـا ، وكلمـة «كل » ليـست شرطاً حـقـيـقة ؛لأن مـا يليـها اسـم ، والشرط مـا يتـعلق به الجزاء،والأجـزية تتعـلق بالأفعـال ، إلا أنه ألحق بالشرط لتـعلق الفعل بالاسم الذي يـليها ،مـثل قولك: كل عبد اشتريته فهو حـر .قال: ففي هذه الألفاظ إذا وجد الشرط انحلت اليمين وانتهت ؛ لأنها غير مقتضية للعموم ، والتـكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ، ولا بقاء لليمين بدونه ، إلا في كلمة «كلما» ، فإنها تقتضي عموم الأفعال ، قال الله تعالى : ﴿ كلما نضجت جلودهم ﴾ الآية (النساء : الآية ٥٦) ، ومن ضرورة التعميم التكرار .

أتزوجـها ، ولـهذا لـم يذكـره النحـاة في أدوات الشـرط م: (**فـيكون علامـات على الحنث**) ش: أي فتكون الأفعال علامات على الحنث ، أي على الجزاء .

م: (**ثم كلمة« إن» حـرف للشرط**) ش: أي خالص الشـرط م: (**لأنه**) ش: أي لأن الشـأن م: (**ليس فيها معنى الوقت**) ش: لكونها أصلاً في باب الشرط بدخولها على الفعل وفيه حظر .

فإن قلت: قد جاء دخولها على الاسم أيضًا كقوله تعالى ﴿**وإن أحد من المشركين استجارك**﴾ (التوبة: الآية٦) ، وقوله تعالى ﴿**إن امرؤ هلك**﴾ (النساء : الآية ١٧٦) ، فينبغي أن يكون أصلاً .

قلت: الفعل فيه مضمر يفسره الظاهر تقديره إن استجارك أحد ، إن هلك امرؤ ، وإنما حذف لئلا يلزم الجمع بين المفسر والمفسر .

م: (**وما وراءها**) ش: أي ما وراء كلمة إن م: (**ملحق بها**) ش: أي بأن باعتبار تضـمنها معنى إنم: (**وكلمة «كل» ليست شرطًا حقيقة؛ لأن ما يليها**) ش: أي لأن الذي يليها م: (**اسم**) ش: ولا يليها فعل م: (**والشرط مـا يتعلق به الجزاء ، والأجـزية تتعلق بالأفعـال ، إلا أنه ألحق بالشرط لتـعلق الفعل**) ش: أي لملازمة الفعل م: (**بالاسم الذي يليها ، مثل قولك كل عبد اشتريته فهو حر**) ش: وكذا إذا قـال كل امرأة اتزوجها في طالق .

م: (**قال**) ش: أي القدوري –رحمه الله تعالى – : م: (**ففي هذه الألفاظ إذا وجـد الشرط انحلت اليمين وانتـهت ؛ لأنها**) ش: أي لأن هذه الألفـاظ ، أي إن ومـا ذكـر معـهـا م: (**غير مقتـضية للعموم والتكرار لغة ، فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه**) ش: أي بدون الشرط ، وذلك لأن اليمين تعليق جزاء معدوم ، والشرط إذا انتهى بوجوده مرة ، لعدم دلالة اللفظ على التكرار ، لا يبقى اليمين لا محالة م: (**إلا في كلمة «كلما» ، فإنها تقـتضي عموم الأفعال**) ش: وفي بعض النسخ : تعميم الأفعال م: (**قال اللـه تعالى ﴿كلمـا نضجت جلودهم﴾ ....الآية** (النسـاء: الآية ٥٦) ، م: (**ومن ضرورة التعميم التكرار**) ش: بخلاف سائر الفاظ الشرط ، فإنها تدل على جنس الفعل لا التكرار ، وجنس الفعل يتحقق في المرة الواحدة ، فإذا وجد الفعل مرة انحلت اليمين ، ولا يقع الجزاء إذا وجد الفعل ثانيًا لارتفاع اليمين .

قال فإن تزوجها بعد ذلك- أي بعد زوج آخر -وتكرر الشرط لم يقع شيء ، لأن باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكات في هذا النكاح لم يبق الجزاء ، وبقاء اليمين به وبالشرط، وفيه خلاف زفر - رحمه الله - وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى . ولو دخلت على نفس التزوج ، بأن قال: كلما تزوجت امرأة فهي طالق ، يحنث بكل مرة ، وإن كان بعد زوج آخر ؛ لأن انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج ، وذلك غير محصور . قال : وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها ؛

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله تعالى- : م: (فإن تزوجها بعد ذلك - أي بعد زوج آخر- وتكرر الشرط) ش: أي الدخول م: (لم يقع شيء ؛ لأن باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكات في هذا النكاح لم يبق الجزاء ، وبقاء اليمين به وبالشرط) ش: أي بالجزاء وبالشرط ؛ لأن اليمين ذكر شرط وجزاء .

وفي «المنتقى» عن أبي يوسف لو قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق فتزوجها مرة طلقت ، ولو تزوجها ثانيًا لا تطلق ولا يحنث ، وفي هذا مرتين ، كما في قوله : المرأة التي أتزوجها طالق .

فالحاصل أن عند أبي يوسف أن كلما إذا دخلت على المعينة فوجب التكرار ، وفي غير المعينة لا تقتضي ، واستدل على ذلك بما لو قال كلما اشتريت هذا الثوب فهو صدقة في كذا، وسكنت هذه الدار فعلي صدقة، كذا يلزمه لكل مرة .

ولو قال كلما اشتريت ثوبًا أو ركبت دابة فعلي صدقة، كذا لا يلزمه إلا مرة ، ذكره في «الذخيرة » .

م: (وفيه خلاف زفر) ش: أي فيما إذا تزوجها بعد زوج آخر وتكرار الشرط خلاف زفر فعنده يقع الطلاق ، وهو بناء على التخيير في مطلق التعليق عندنا ، خلافًا له ، وبه قال مالك والشافعي في« الجديد» وأحمد م: (وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى) ش: أي سنقرر خلاف زفر بعد ، في قوله وإن قال لها إن دخلت الدار لم يقع شيء .

م: (ولو دخلت) ش: أي لفظة كلما م: (على نفس التزوج، بأن قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة) ش: لوجود الشرط أبدًا م: (وإن كان بعد زوج آخر) ش: وهذا واصل بما قبله م: (لأن انعقادها) ش: أي انعقاد اليمين م: (باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج) ش: أي بسبب التزوج م: (وذلك غير محصور) ش: أي التزوج غير محصور ، فلا يكون الطلاق محصوراً أيضًا ، لأن وجود السبب متكرر يقتضي وجود المسبب متكرراً ، بخلاف كلمة كل لأنه يوجب تعميم الأسماء بالأفعال .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله تعالى- : م: (وزوال الملك بعد اليمين) ش: أي زوال ملك الرجل عن عصمتة امرأته بأن طلقها بائنة بعد اليمين م: (لا يبطلها) ش: أي لا يبطل اليمين

لأنه لم يوجد الشرط ، فبقي والجزاء باق لبقاء محله ، فبقي اليمين . ثم إن وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق ؛ لأنه وجد الشرط، والمحل قابل للجزاء ، فينزل الجزاء ولا تبقى اليمين لما قلنا . وإن وجد في غير الملك انحلت اليمين لوجود الشرط ، ولم يقع شيء لانعدام المحلية. وإن اختلفا في الشرط فالقول قول الزوج ، إلا أن تقيم المرأة البينة ؛ لأنه متمسك بالأصل، وهوعدم وجود الشرط ، ولأنه ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه . وإن كان الشرط لا يعلم إلا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها ، مثل أن يقول إن حضت فأنت طالق وفلانة ، فقالت: قد حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة ، ووقوع الطلاق استحسان ،

صورته : قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثم أبانها تبقي اليمين م: **(لأنه لم يوجد الشرط، فبقى)** ش: أي اليمين م: **(والجزاء باق لبقاء محله)** ش: لأن الثلاث لم توجد م: **(فبقى اليمين)** ش: كما كان في ذمة الحالف .

م: **(ثم إن وجد الشرط)** ش: وهو دخول الدار م: **(في ملكه)** ش: يعني بعد أن تزوجها ثانيًا . م: **(انحلت اليمين)** ش: لأن اللفظ لا يدل على التكرار ، فبوجود الشرط مرة انتهت اليمين ، بخلاف كلمة كلما م: **(ووقع الطلاق؛ لأنه وجد الشرط، والمحل قابل للجزاء)** ش: المحل هي المرأة والملك فيها موجود والجزاء ووقوع الطلاق م: **(فينزل الجزاء ولا يبقى اليمين)** ش: لأنها انتهت لعدم دلالة اللفظ على التكرار م: **(لما قلنا)** ش: إشارة إلى قوله فبوجود الفعل مرة يتم الشرط م: **(وإن وجد)** ش: أي الشرط ، وهو دخول الدار م: **(في غير الملك)** ش: يعني بعد زوال الملك قبل التزوج ثانيًا م: **(انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شيء)** ش: من الطلاق م: **(لانعدام المحلية)** ش: أي محل الطلاق لعدم الملك .

م: **(وإن اختلفا في وجود الشرط)** ش: بأن قال الزوج لم يوجد الشرط ولم يقع الطلاق ، وقالت الزوجة : قد وجد الشرط ووقع الطلاق ، م: **(فالقول قول الزوج)** ش: لأن الأصل عدم الشرط والقول لمن يتمسك بالأصل م: **(إلا أن تقيم المرأة البينة)** ش: على وجود الشرط حينئذ يكون القول قولها م: **(لأنه)** ش: أي لأن الزوج م: **(متمسك بالأصل وهو عدم وجود الشرط)** ش: لدلالة الظاهر على ملك كالمدعى عليه إذا أنكر المال .

م: **(ولأنه)** ش: أي ولأن الزوج م: **(ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه)** ش: أي تدعي وقوع الطلاق ، فالقول قول الزوج إلا إذا أقامت المرأة البينة م: **(وإن كان الشرط لا يعلم إلا من جهتها ، فالقول قولها في حق نفسها)** ش: وبه قال الشافعي ومالك وأحمد في ظاهر مذهبه ، ثم أوضح الذي لا يعلم إلا من جهتها بقوله م: **(مثل أن يقول)** ش: أي الزوج م: **(إن حضت فأنت طالق وفلانة)** ش: يعني ضرتها م: **(فقالت: قد حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة ، ووقوع الطلاق استحسان ،**

والقياس أن لا يقع ؛ لأنه شرط فـلا تصدق ، كما في الدخول وجه الاستحـسان أنها أمينة في حق نفسها ، إذ لم يعلم ذلك إلا مـن جهتها ، فيقبل قـولها كما يقبل في حق العدة والغـشيان ، لكنها شاهدة في حق ضرتها ، بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها ،

والقياس أن لا يقع) ش: أي الطلاق م: **(لأنه)** ش: أي لأن الحيض م: **(شرط فلا تصدق)** ش: أي المرأة م: **(كمـا في الدخول)** ش: أي في دخـول الدار ، فكـان ينبـغي أن يكون القـول قـول الزوج ، ولا يقع الطلاق لأنه ينكر وقوعه متمسكًا بالأصل .

م: **(وجه الاستحسان أنهـا أمينة في حق نفسها)** ش: لأن النسـاء أمينات بإظهـار ما في أرحـامـهن مـأمورات بذلك لقـوله تعـالى ﴿**ولا يحل لهن أن يكتـمن مـا خلق الله في أرحـامـهن**﴾ (البقـرة : الآية ٢٢٨) ، م: **(إذ لم يعلم ذلك إلا من جهتها)** ش: لأنه لم يعلم الحيض إلا منها م: **(فيقبل قولها)** ش: في حقها م: **(كما يقـبل في حق العدة)** ش: أي في انقضائهـا م: **(والغشيان)** ش: أي وكـما قيل قولهـا في الغشيان ، وإذا قالت أنا حائض حيث يجب الزوج عن غشيانها ، وهو كناية عن الوطء .

م: **(لكنها)** ش: أي لكن المرأة م: **(شاهدة في حق ضرتها)** ش: بوقوع الطلاق عليها م: **(بل هي متهم)** ش: لأنها لبست بأمينة في حق ضرتها م: **(فلا يقبل قولهـا في حقها)** ش: لأن شهادة المتهم مردودة ، وهذا إذا كذبها الزوج .

أما إذا صدقـها يقع الطلاق على ضرتهـا أيضًا ، قيل فيه بحث ، وهـو أن المرأة لا تخلو من الحيض وعدمه ، والحال شمول طلاقها ، وشمول عدمه لأنها إن كانت حائضة فقد وجد الشرط ، ويقع طلاقها وإن لم تحض لم يوجد الشرط فلا يقع طلاق واحدة منهما . فأما أن يوجد الحيض في حقها دون ضرتها فإنه يستلزم كون الشيء موجودًا معدومًا في حالة واحدة وهو محال .

وأجـيب : بأن الشرع أثبت بقـولهـا حـضت في هـذه الصـورة وصـفين مـتعـاقـدين الأمـانة والشهادة ، ورتب على ذلك حكمين بحسب اقتضائهما .

وليس ذلك ببدع في الشرع، فإنه رتب على النكاح ، وهو أمر واحـد الحل للزوج والحرمـة لغيره ،وفيه نظر لأن الحل والحرمة لا يقتضي أحدهما الوجود والآخر العدم بخلاف ما نحن فيه .

والجواب أن اقتضـاء الوجود والعدم إنما هو بالنسبة إلى الحيض بعينه ، وليس الكلام فيه لأنه أمـر خفي لا يطلع عليـه ، وإنما الكلام في الأمـر الدال عليه ، وهو قـولهـا : حـضت وليس فيـه اختلاف في مقتضى وجوده وعدمه ، انتهى .

قلت: هذا ذكـره الأكـمل ناقـلاً عن كـلام السـغناقي ، وهذا تطويل كـان يكتـفى عنه بشيء مختصر ، بأن يقال الحيض أمر خفي لا يطلع عليه إلا الله تعالى ،والمرأة هنا متهمة، والشرع رتب عليه الحكم بحسب ما يقتضيه ظاهر الحال .

وكذا لو قال إن كنت تحبين أن يعذبك الله في نار جهنم فأنت طالق وعبدي حر ، فقالت أحبه ، أو قال إن كنت تحبيني فأنت طالق وهذه معك ، فقالت أحبك . طلقت هي ولم يعتق العبد ولا تطلق صاحبتها ، لما بينا ولا يتيقن بكذبها ، لأنها لشدة بغضها إياه قد تحب التخليص منه بالعذاب، وفي حقها أن تعلق الحكم بإخبارها وإن كانت كاذبة ففي حق غيرها بقي الحكم على الأصل وهو المحبة.

م: (**وكذا**) ش: أي وكذا الحكم في أن القول قول المرأة في حقها دون حق غيرها م: (**لو قال**) ش: الزوج لامرأته : م: (**إن كنت تحبين أن يعذبك الله في نار جهنم فأنت طالق وعبدي حر فقالت: أحبه**) ش: فالقول قولها في حق نفسها فتطلق ولا يقبل في حق غيرها ، فلا يعتق العبد .

م: (**أو قال**) ش: أي أو قال زوج لامرأته : م: (**إن كنت تحبيني**) ش: يجوز بنون العماد وبتركه أيضًا لأنه ليس بلازم في المضارع الذي في آخره نون الإعراب م: (**فأنت طالق وهذه معك**) ش: وأشار بهذه إلى ضرتها وعبدي حر م: (**فقالت: أحبك ، طلقت هي**) ش: أي المرأة المخاطبة ولم يعتق العبد ولم **تطلق صاحبتها**) وهي ضرتها ، أطلق عليها صاحبتها باعتبار الظاهر .

وفي الحقيقة هي عدوتها م: (**لما بينا**) ش: إشارة إلى قوله أمينة في حق نفسها ، شاهدة في حق ضرتها .

م: (**ولا يتيقن بكذبها لأنها لشدة بغضها إياه**) ش: أي زوجها ، والبغض ضد الحب واستعمل بمعنى الإبغاض ، حيث ذكر له مفعولاً ، وهو قوله : إياه ، أي لشدة إبغاض المرأة زوجها .

م: (**قد تحب التخليص منه**) ش: أي من الزوج م: (**بالعذاب**) ش: أي بعذاب نار جهنم ، لأن الجاهل قد يختار عذاب الآخرة على صحبته من بغضه فلم يتيقن بكذبها م: (**وفي حقها**) ش: أي وفي حق المرأة المخاطبة م: (**أن تعلق الحكم بإخبارها**) ش: أن بفتح الهمزة يجوز أن تكون زائدة كما في قوله تعالى ﴿**فلما أن جاء البشير ألقاه**﴾ (يوسف : الآية ٩٦) .

ويقال : لما أن جاء أكرمته ، ويجوز أن تكون مصدرية ، وأن تكون مخففة من الثقيلة على أن ضمير الشأن فيها مستتر .

م: (**وإن كانت كاذبة**) ش: كلمة إن هذه بالكسر واصلة بما قبله م: (**ففي حق غيرها بقي الحكم على الأصل ، وهو**) ش: أي الأصل م: (**المحبة**) .

ش: وبقولنا قال الشافعي وأحمد في ظاهر مذهبه ، وعنه إن كذبها لا يقع . ولو قال لها : إن كنت تحبيني بقلبك فأنت طالق ، فقالت أحبك بقلبي ،أو قالت أحبك ،وكذبها الزوج طلقت عندهما .

وقال محمد : إن كانت كاذبة فيما بينها وبين الله تعالى لا تطلق .

وإذا قال لها :إذا حضت فأنت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر بها ثلاثة أيام ، لأن ما ينقطع دونها لا يكون حيضاً .فإذا تمت ثلاثة أيام حكمنا بالطلاق من حين حاضت؛ لأنه بالامتداد عرف أنه من الرحم فكان حيضاً من الابتداء . ولو قال لها إذا حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها ؛ لأن الحيضة -بالهاء- هي الكاملة منها، ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء

م: (**وإذا قال لها إذا حضت فأنت طالق ، فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر بها ثلاثة أيام، لأن ما ينقطع دونها لا يكون حيضًا**) ش: لأن ما دون ثلاثة أيام لا يكون حيضًا م: (**فإذا تمت ثلاثة أيام حكمنا بالطلاق من حين حاضت لأنه**) ش: أي لأي الذي رأته عن الدم م: (**بالامتداد عرف أنه من الرحم فيكون حيضًا من الابتداء**) ش: أي من أول الأمر ، وفائدته تظهر في غير الموطوءة ، فإنها لما رأت دمًا وتزوجت بزوج آخر فاستمر بها الدم ثلاثة أيام ،كان النكاح صحيحًا ، ويظهر فيما إذا قال إن حضت فعبدي حر . والمسألة بحالها كان العبد حرًا من حين رأت الدم ، ويظهر في حق الجناية من العبد ، وقيل يجب على المفتي أن يجيب بقوله كانت مطلقة من أول ثلاثة أيام إذا سئل بعد الاستمرار ، ولا يقول يقع الطلاق لوهم فهم الحال والاستقبال .

وعند الشافعي -رحمه الله- لو انقضى يوم وليلة يقع الطلاق وفيه وجه مشهور أنه يقع من أول الرواية ، وبه قال أحمد -رحمه الله .

وقال ابن المنذر : لا يعلم أحد قال غير ذلك إلا مالكًا وابن القاسم حيث قال فتنجيزه قبل الحيض ، ولو كانت حائضًا لم يقع حتى تطهر ثم تحيض ، وكذا لو قال للطاهرة : أنت طالق إذا طهرت لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر ، وبه قال الشافعي وأحمد-رحمهما الله- ذكره في «المغني» .

م: (**ولو قال لها إن حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها ، لأن الحيضة بالهاء هي الكاملة منها**) ش: أي من الحيضة ، لأن الفعلة بالفتح للمرة ، والمرة من الحيض لا يكون إلا بكماله وكماله بانتهائه وانتهاؤه بالطهر م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل أن الحيضة بالهاء هي الشيء الكامل أو الدم الكامل من الحيضة م: (**حمل عليه**) ش: أي على الكامل م: (**في حديث الاستبراء**) ش: أي قوله ﷺ «**لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ، ولا الحبالى حتى يستبرئن بحيضة**»[1] .

رواه أبو داود في «سننه» عن شريك عن قيس بن وهب عن أبي الدرداء عن أبي سعيد الخدري -رضي الله تعالى عنه - أن النبي ﷺ **قال في سبايا أوطاس :«لا توطأ حامل حتى تضع ولا**

---

(١) قال الزيلعي (٣/ ٤٦٨) رواه الحاكم في « المستدرك» (٢/ ١٩٥) وقال صحيح على شرط مسلم وأعله ابن القطان في كتابه بشريك ، وقال إنه مدلس .

وكمالها بانتهائها ، وذلك بالطهر ، وإذا قال لها : أنت طالق إذا صمت يوماً طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم فيه؛ لأن اليوم إذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار، بخلاف ما إذا قال لها إذا صمت لأنه لم يقدره بمعيار ، وقد وجد الصوم بركنه . ومن قال لامرأته إذا ولدت غلاماً فأنت طالق واحدة ، وإذا ولدت جارية فأنت طالق ثنتين ،

غير ذات حمل حتى تحيض حيضة» . ورواه الحاكم في «المستدرك »، وقال صحيح على شرط مسلم ، وأعله ابن القطان في كناية شريك ، وقال : إنه مدلس وهو ممن ساء حفظه بالقضاء . وروى أبو داود أيضًا من حديث رويفع بن ثابت الأنصاري -رضي الله عنه- عن النبي ﷺ قال : « **لا يحل لمن يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها بحيضة**»[١] .

وروى ابن أبي شيبة في « مصنفه» من حديث علي -رضي الله تعالى عنه- قال : «**نهى رسول الله ﷺ أن توطأ الحامل حتى تضع ، أو الحامل حتى تستبرأ بحيض** » انتهى .

والأوطاس واد في بلاد هوازن وهو موضع حرب حنين .

م: (**وكمالها**) **ش**: أي وكمال الحيضة م: (**بانتهائها وذلك**) **ش**: أي الانتهاء م: (**بالطهر**) **ش**: لأن الشيء ينتهي بضده ، ثم الطهارة عن الحيض تثبت بالانقطاع عن العشرة بمضي العشرة ، وفيما دونها تثبت بالاغتسال أو بمضي وقت صلاة ، فما لم يثبت، أحدهما، لم يثبت الانقطاع ، كذا في « مبسوط شيخ الإسلام» ، ولهذا قالوا لو كان الطلاق في الأولى بدعيًا . وكان في الثانية: سببًا لوقوعه في الطهر بعد الحيض ، ذكره التمرتاشي .

م: (**وإذا قال لها :أنت طالق إذا صمت يومًا ، طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم فيه ، لأن اليوم إذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار**) **ش**: والصوم فعل ممتد م: (**بخلاف ما إذا قال: لها صمت**) **ش**: يعني من غير زيادة عليه فإنها إذا شرعت في الصوم يقع الطلاق بمجرد الشروع م: (**لأنه لم يقدره بمعيار**) **ش**: أي أي لأن الزوج لم يقدر الصوم باليوم، والمراد من المعيار الوقت المثبت لقدر الفعل ، حيث يطول بطوله ويقصر بقصره .

ووقت الصوم للصوم معيار لا ظرف بخلاف الصلاة ، فإن وقتها ظرف لا معيار كما ذكر في الأصول م: (**وقد وجد الصوم بركنه**) **ش**: وهو الإمساك عن المفطرات الثلاث نهاراً وركنه ، وهو النية والطهارة من الحيض والنفاس .

م: (**ومن قال لامرأته إذا ولدت غلامًا فأنت طالق واحدة وإذا ولدت جارية فأنت طالق ثنتين،**

---

(٢) رواه أبو داود في النكاح (٢١٥٨) عن ابن إسحاق عن يزيد بن أبي حبيب عن أبي مرزوق عن حنش الصنعاني عن رويفع بن ثابت الأنصاري عن النبي ﷺ .

قلت : وهذا إسناد صحيح .

فولدت غلاماً وجارية ولا يدري أيهما أول لزمه في القضاء تطليقة ، وفي التنزه تطليقتان وانقضت العدة ؛ لأنها لو ولدت الغلام أولاً وقعت واحدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا تقع أخرى به ؛ لأنه حال انقضاء العدة ولو ولدت الجارية أولاً وقعت تطليقتان، وانقضت عدتها بوضع الغلام، ثم لا يقع شيء آخر به ؛ لما ذكرنا أنه حال الانقضاء ، فإذاً في حال تقع واحدة ، وفي حال تقع ثنتان ، فلا تقع الثانية بالشك والاحتمال .والأولى أن يأخذ بالثنتين تنزهاً واحتياطاً ، والعدة منقضية بيقين لما بينا. وإن قال لها :إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف فأنت طالق ثلاثاً ، ثم طلقها واحدة فبانت وانقضت عدتها، فكلمت أبا عمرو ثم تزوجها ،فكلمت أبا يوسف؛ فهي طالق ثلاثاً مع الواحدة أولى .

فولدت غلامًا وجارية ، ولا يدري أيهما أول) ش: أي ولم يعلم أي الولدين ولد أولاً .

الغلام : اسم لذكر لم يبلغ ، فإذا بلغ صار شابًا ، والجارية اسم لأنثى لم تبلغ ، وقد سمى الجارية غلامًا م: **(لزمه في القضاء تطليقة ، وفي التنزه)** ش: التباعد عن السوء والتورع عن مظان الحرمة ؛ لأن ترك وطء امرأة بحل وطأها خير من أن يطأ امرأة محرمة عليه حتى لو كانت عنده بتطليقتين لا تتزوج إلا بعد زوج آخر احتياطًا ، كذا في «المبسوط» .

م: (تطليقتان) ش: أي لزمه تطليقتان م: **(وانقضت العدة)** ش: بالولد الأخير م: **(لأنها لو ولدت الغلام أولاً وقعت واحدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية، ثم لا تقع أخرى به ؛ لأنه حال انقضاء العدة)** ش: والطلاق لا يقع مع انقضاء العدة ، لأنه حال الزوال والمزيل لا يعمل حال الزوال .

م: **(ولو ولدت الجارية أولاً وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ، ثم لا يقع شيء آخر به)** ش: أي بوضع الغلام م: **(لما ذكرنا أنه حال الانقضاء)** ش: أي انقضاء العدة م: **(فإذًا في حال تقع واحدة، وفي حال تقع ثنتان فلا تقع الثانية بالشك والاحتمال ، والأولى أن يأخذ)** ش: على صيغة المعلوم ، أي أن يأخذ الزوج ، أو أن يأخذ القاضي أو يأخذ المفتي .

م: (بالثنتين تنزهًا) ش: أي تورعًا م: (واحتياطًا) ش: واقتضاء فيها على التعليل .

فقال الأترازي : ويجوز أن يقال بناء الغائب على صيغة المجهول بإسناد الفعل إلى الجار والمجرور م: (والعدة منقضية بيقين لما بينا) ش: أي لأنها لو ولدت الغلام أولا تنقضي عدتها بوضع الجارية ، ولو وضعت الجارية أولاً تنقضي عدتها بوضع الغلام ؛ لأنها الحامل عدتها بوضع الحمل بالنص .

م: **(وإذا قال إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف فأنت طالق ثلاثًا ،ثم طلقها واحدة فبانت وانقضت عدتها، فكلمت أبا عمرو ثم تزوجها، فكلمت أبا يوسف؛ فهي طالق ثلاثًا مع الواحدة الأولى)** ش: أي الطلقة الأولى التي تنجزها بعد التطليق .

وقال زفر - رحمه الله - لا يقع .وهذه على وجوه ، أما إن وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر، أو وجدا في غير الملك فلا يقع في الملك والثاني في غير الملك ،فلا يقع أيضاً ؛ لأن الجزاء لا ينزل على غير الملك فلا يقع ،أو وجد الأول في غير الملك ، والثاني في الملك ، وهي مسألة الكتاب الخلافية ، له اعتبار الأول بالثاني إذ هما في حكم الطلاق كشيء واحد . ولنا أن صحة الكلام بأهلية المتكلم إلا أن الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال

م: **(وقال زفر: لا يقع ، وهذه)** ش: أي هذه المسألة م: **(على وجوه)**

ش: **الأولى**: هي قوله م: **(أما إن وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق ، وهذا ظاهر)** ش: أي وقوع الطلاق ظاهر لوجود الشرط في الملك ، وهذا لا خلاف فيه .

والثانية: هي قوله م: **(أو وجدا)** ش: أي الشرطان م: **(في غير الملك فلا يقع)** ش: أي الشرط الأول م: **(في الملك والثاني)** ش: أي وجد الشرط الثاني م: **(في غير الملك فلا يقع)** ش: أي الطلاق م: **(أيضًا ؛ لأن الجزاء)** ش: وهو الطلاق م: **(لا ينزل على غير الملك فلا يقع)** ش: لأنه غير محل ، وفيها خلاف ابن أبي ليلى ، ذكره في « المبسوط ».

والرابعة: وهي قولهم: **(أو وجد الأول)** ش: أي الشرط الأول م: **(في غير الملك والثاني)** ش: أي وجد الشرط الثاني م: **(في الملك ، وهي مسألة الكتاب الخلافية)** ش: بيننا وبين زفر م: **(له)** ش: أي لزفر -رحمه الله تعالى- م: **(اعتبار الأول بالثاني)** ش: أي اعتبار الوصف الأول بالوصف الثاني ، كذا فسره الأترازي ، ثم قال : بيانه أن الوصف الثاني لو وجد في غير الملك لا ينزل الجزاء ، فكذا إذا وجد الأول في غير الملك ينبغي أن لا ينزل الجزاء ، لأن كلام أحدهما بعد الشرط كلام الآخر ، وفي أحدهما يشترط الملك ، فكذا في الآخر .

وقال تاج الشريعة : قوله اعتبار الأول بالثاني ، يعني أن الملك شرط لوقوع الطلاق عند وجود الشرط الثاني ، فكذلك عند وجود الشرط الأول م: **(إذ هما)** ش: أي الشرطان م: **(في حكم الطلاق كشيء واحد)** ش: من حيث أنه لا يقع إلا بهما .

م: **(ولنا أن صحة الكلام بأهلية المتكلم)** ش: أي صحة هذا الكلام الذي هو اليمين بأهلية المتكلم ، وهو كونه عاقلاً بالغًا ، وهي قائمة به فيكون صحة الكلام قائمة به ، ومحله الذمة ، فإذا كان كذلك كان ينبغي أن لا يشترط الملك وقت التعليق ، فأجاب عن ذلك بقوله م: **(إلا أن الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال)** ش: لأن استصحاب الحال عبارة عن إبقاء ما كان على ما كان لعدم الدليل المزيل ، فإذا كان الملك باقيًا عند وجود الشرط بالنظر إلى الاستصحاب ينزل الجزاء عنده غالبًا ، لأن الأصل في كل ثابت دوامه .

فيصح اليمين ، وعند تمام الشرط لينزل الجزاء ؛ لأنه لا ينزل إلا في الملك ، وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغني عن قيام الملك إذ بقاؤه بمحله وهو الذمة ، وإن قال لها:إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً فطلقها ثنتين وتزوجها رجل آخر فدخل بها ،ثم عادت إلى الأول، فدخلت الدار. طلقت ثلاثاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - وقال محمد - رحمه الله - هي طالق ما بقي من الطلاق وهو قول زفر - رحمه الله - وأصله أن الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث عندهما ،فتعود إليه بالثلاث . وعند محمد وزفر - رحمهما الله - لا يهدم ما دون الثلاث فتعود إليه بما بقي من الطلاق ، وسنبين من بعد إن شاء الله تعالى . وإن قال لها إن دخلت الدارفأنت طالق ثلاثاً ، ثم قال لها: أنت طالق ثلاثاً فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت إلى الأول فدخلت

وإن كان يحتمل الملك الزوال حينئذ ، فإذا كان كذلك م: (**فيصح اليمين**) ش: لأن الجزاء الذي هو غالب الوجود يتحقق حينئذ فيحصل اليمين وهو القوة .

م: (**وعند تمام الشرط**) ش: أي شرط بقاء الملك أيضًا عند تمام الشرط م: (**لينزل الجزاء لأنه لا ينزل إلا في الملك**) ش: ولا ينزل في غير الملك م: (**وفيما بين ذلك الحال**) ش: أي بين حالة التعليق ، وتمام الشرط م: (**حال بقاء اليمين فيستغني عن قيام الملك إذ بقاؤه**) ش: أي بقاء اليمينم: (**بمحله وهو الذمة**) ش: أي ذمة الحالف ، وإنما ذكر الضمير الراجع إلى اليمين ، وإن كانت مؤنثة على تأويله التعليق، لأن تعليق الطلاق والعتاق بين عند الفقهاء .

م: (**وإن قال لها**) ش: أي وإن قال رجل لامرأته م: (**إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثًا فطلقها ثنتين وتزوجها رجل آخر ودخل بها ثم عادت إلى الأول**) ش: أي الزوج الأول م: (**فدخلت الدار طلقت ثلاثًا عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -**) ش: قال ابن المنذر هذا قول ابن عمر وابن عباس- رضي الله عنهم- ، وبه قال عطاء وشريح والنخعي . وفي« المبسوط » : وهو وقول ابن مسعود - رضي الله تعالى عنه .

م: (**وقال محمد هي طالق ما بقي من الطلاق ، وهو قول زفر**) ش: وهو قول جماعة من الصحابة- رضي الله تعالى عنهم- والتابعين ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد وأصحابهم- رحمهم الله- م: (**وأصله**) ش: أي أصل هذا الخلاف م: (**أن الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث عندهما**) ش: أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- م: (**فتعود إليه بالثلاث**) ش: أي فتعود المرأة إلى الزوج الأول بثلاث تطليقات م: (**وعند محمد وزفر لا يهدم ما دون الثلاث ، فتعود إلى ما بقي من الطلاق وسنبين من بعد إن شاء الله تعالى**) ش: أي في آخر فصل مما تحل به المطلقة .

م: (**وإن قال لها**) ش: أي وإن قال رجل لامرأته م: (**إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثًا ، ثم قال له أنت طالق ثلاثًا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت إلى الأول**) ش: أي إلى الزوج الأول م: (**فدخلت**

الدار لم يقع شيء . وقال زفر والشافعي يقع الثلاث ؛لأن الجزاء ثلاث مطلق لإطلاق اللفظ ، وقد بقي احتمال وقوعها ، فيبقى اليمين . ولنا أن الجزاء طلقات هذا الملك ؛ لأنها هي المانعة ؛ إذ الظاهر عدم ما يحدث واليمين تنعقد للمنع أو للحمل ، وإذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية ، فلا تبقى اليمين ،

الدار لم يقع شيء) ش: عند علمائنا الثلاثة .

وبه قال الشافعي -رحمه الله - في « الجديد » على المنصوص ، ومالك وأحمد .

وقال ابن المنذر : أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على ذلك .

م: **(وقال زفر والشافعي)** ش: في قوله م: **(يقع الثلاث ؛ لأن الجزاء ثلاث مطلق)** ش: لأنه الثلاث المملوكات ، فيتناول ثلاث طلقات مطلقًا ، سواء كانت مملوكة في الحال أو مستحدثة في المآل م: **(وذلك لإطلاق اللفظ)** ش: واللفظ المطلق لا يتناول المقيد ، لأنه ضده حكمًا م: **(وقد بقي احتمال وقوعها)** ش: أي احتمال طلقات ثلاث مطلق م: **(فتبقى اليمين)**

ش: فإذا وجد المحل يقع الجزاء ، والدليل على أنه لم يصرف إلى الطلقات الثلاث المملوكات مسألة الهدم ، فلو انصرف إلى الملك قائم يوقع بما بقي ، وكما لو قال كلما تزوجتك فأنت طالق ثلاثًا فتزوجها بعد زوج آخر يبقى اليمين .

وبدليل : ولو قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر فباعه ثم اشتراه ودخل الدار يعتق ، فلو تقيد الجزاء بهذا الملك لما عتق ، ولهذا لو قال إن دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي ثم طلقها ثلاثًا ثم عادت إليه بعد زوج آخر يكون مظاهرًا عنها ، وكيف يبطل التطليق التخيير ، لأن ما صادفه التخيير طلاق ، وما صادفه التعليق ما يصير طلاقًا .

م: **(ولنا أن الجزاء طلقات هذا الملك)** ش: بدلالة الحال م: **(لأنها)** ش: أي لأن طلقات هذا الملك . م: **(هي المانعة إذ الظاهر عدم ما يحدث)** ش: وكل ما كان مانعًا من وجود الشرط وحاملاً عليه فهو الجزاء م: **(واليمين تنعقد للمنع أو للحمل)** ش: وهنا عقدت للمنع ، فيكون الجزاء هذا الملك .

م: **(وإذا كان الجزاء ما ذكرناه)** ش: وهو قوله إن طلقات هذا الملك إلى آخره م: **(وقد فات)** ش: أي والحال أن الجزاء قد فات م: **(بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية)** ش: يعني لا يبقى محلاً للطلاق .

م: **(فلا تبقى اليمين)** ش: لأن بفوات محل الجزاء يبطل اليمين لفوات محل الشرط بأن قال إن دخلت هذه الدار فأنت طالق ، ثم جعلت الدار بستانًا لا يبقى اليمين ، فهذا مثله .

فإن قلت : انعقاد اليمين لو انحصر في المنع والحمل لم يصح أن يقال إن حضت فأنت طالق ، لأنه لا يتصور فيه منع ولا حمل لكون الحيض عارضًا سماويًا .

بخلاف ما إذا أبانها لأن الجزاء باق لبقاء محله .ولو قال لامرأته إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثاً فجامعها ، فلما التقى الختانان طلقت ثلاثاً ، وإن لبث ساعة لم يجب عليه المهر ، وإن أخرجه ثم أولجه وجب عليه المهر . وكذا إذا قال لأمته: إذا جامعتك فأنت حرة . وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه أوجب المهر في الفصل الأول أيضاً لوجود الجماع بالدوام عليه ، إلا أنه لا يجب عليه الحد للاتحاد.

قلت: أجيب : بأن الاعتبار للغالب الشائع دون النادر ، وفيه نظر ، لأن السؤال لم ينحصر في صورة الحيض حتى يكون نادراً ، وإنما هو في الوجه كالمحبة والكراهة والجزع وغيره . والصواب : أن يقال إن الشرط في مثل ذلك هو إخبارها عن ذلك المحل ، والمنع فيه متصور .

م: **(بخلاف ما إذا أبانها)** ش: يتعلق بقوله -وقد فات بتخيير الثلاث- أي فات الجزاء بتخيير الثلاث المبطل للمحلية ، بخلاف ما إذا أبانها بطلقة أو بطلقتين م: **(لأن الجزاء باق لبقاء محله)** ش: أي محل الجزاء ، ولهذا إذا عادت إليه بعد زوج آخر عادت بطلقات ثلاث عند أبي حنيفة -رحمه الله- وعند أبي يوسف -رحمه الله - وهي مسألة الهدم ، لأن في صورة الإبانة طلقة أو طلقتين يزول الحل لا الملك . والدليل على بقاء الملك أن الزوج الأول تزوجها بلا تحليل زوج آخر .

والجواب عن مسألة الهدم أن اليمين بقيت ببقاء الجزاء ، لأن اليمين لا ينقسم علي الجزاء كما لا ينقسم على الشرط ، ولما بقيت اليمين بالملكية صار كأنه قائل عند الدخول أنت طالق ثلاثًا ، وهو يملك الثلاث فيقع . وعن مسألة العبد أن تعليق عتقه إنما لا يبطل اليمين بعد البيع ، لأن محلية العتق لم تبطل بالبيع ، وقد كان محلاً للعتق بصفة الرق ، والرق باق بعد البيع ، حتى إذا أعتقه لا يبقى اليمين لفوات المحل ، وعن مسألة الظهار أن محل الظهار لم يفت بتنجيز الطلقات الثلاث ، لأن حرمة الظهار غير الطلاق ، لأن الأولى متناهية بالتكفير ، والثانية بالزوج الآخر ، وإنما لا يصير مظاهراً بعد التطليقات الثلاث ، لأن الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة ولا يتحقق ذلك إلا بالتزوج .

م: **(ولو قال لامرأته: إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثًا فجامعها ، فلما التقى الختانان طلقت ثلاثًا ، وإن لبث ساعة لم يجب عليه المهر)** ش: أي العقر ، وهو مهر المثل م: **(وإن أخرجه ثم أولجه)** ش: من الإيلاج وهو الإدخال م: **(وجب عليه المهر ، وكذا)** ش: أي وكذا لا يجب المهر باللبث والمكث م: **(إذا قال لأمته: إذا جامعتك فأنت حرة . وعن أبي يوسف أنه أوجب المهر في الفصل الأول أيضًا)** ش: وهو ما إذا لبث ساعة بعد الإدخال م: **(لوجود الجماع بالدوام عليه)** ش: أي على اللبث ، ومعناه أنه جعل الدوام على اللبث بعد الدخول بمنزلة الدخول الابتدائي م : **(إلا أنه لا يجب عليه الحد للاتحاد)** **ش** : أي لاتحاد الإيلاج الحال مع اللبث الحرام من حيث المقصود ، وهو قضاء الشهوة ، فكان الجماع واحدًا من وجه ، وأوله غير موجب للحد ، فسقط الحد ووجب العقر ، لأنه الوطء المحرم

وجه الظاهر أن الجماع إدخال الفرج في الفرج ولا دوام للإدخال ، بخلاف ما إذا أخرج ثم أولج ؛ لأنه وجد الإدخال بعد الطلاق ، إلا أن الحد لا يجب بشبهة الاتحاد بالنظر إلى المجلس والمقصود،وإذا لم يجب الحد وجب العقر ، إذ الوطء المحرم لا يخلو عن أحدهما . ولو كان الطلاق رجعياً يصير مراجعاً باللباث عند أبي يوسف - رحمه الله - خلافاً لمحمد - رحمه الله - لوجود المساس ، ولو نزع ثم أولج صار مراجعاً بالإجماع لوجود الجماع ، والله تعالى أعلم بالصواب

لايخلو عن عقر أو حد ، وعلى هذا الخلاف إذا قال لأمته إن جامعتك فأنت حرة .

م: **(وجه الظاهر)** ش: أي ظاهر الرواية م: **(أن الجماع إدخال الفرج في الفرج)** ش: ولم يوجد ذلك بعد الطلقات والعتق م: **(ولا دوام للإدخال)** ش: حتى يكون لدوامه حكمًا لابتداء ، كمن حلف أن لا يدخل هذه الدار هو فيها لا يحنث باللبث ساعة ، وكذا لو حلف لا يدخل فرسه الاصطبل وهو فيها فأمسكها فيه لا يحنث م: **(بخلاف ما إذا أخرج ثم أولج ، لأنه وجد الإدخال بعد الطلاق ، إلا أن الحد لا يجب بشبهة الاتحاد)** ش: أي بين الإخراج والإيلاج م: **(بالنظر إلى المجلس)** ش: أي بالنظر م: **(والمقصود)** ش: هو قضاء الشهوة .

م: **(وإذا لم يجب الحد وجب العقر)** ش: أي مهر المثل . وفي ديوان الأدب : العقر مهر المرأة إذا وطئت على شبهة ، والمراد منه المثل ، وبه فسر العتابي العقر في «شرح الجامع الصغير» م: **(إذ الوطء المحرم)** ش: أي لأن الوطء المحرم م: **(لا يخلو عن أحدهما)** ش: أي عن أحد العقر والحد .

م: **(ولو كان الطلاق رجعيًا يصير مراجعًا باللباث)** ش: أى باللبث والمكث م: **(عند أبي يوسف-رحمه الله- خلافًا لمحمد)** ش: فإنه لا يصير مراجعًا عنده ، لأنه نظير الدخول والدوام على المدخول ليس بدخول م: **(لوجود المساس)** ش: وهو دليل أبي يوسف ، وأي المقصود المساس بشهوة م: **(ولو نزع ثم أولج صار مراجعًا بالإجماع لوجود الجماع)** ش: النزع : الإخراج والإيلاج : ، الإدخال، قال الله تعالى **﴿ يولج الليل في النهار ويولج النهار في الليل﴾** (لقمان: الآية٢٩) .

فروع : لو قال أنت طالق إن دخلت الدار ، كان شرطًا مثل «إن» عند أحمد - رحمه الله- . وروي ذلك عن أبي يوسف ، وقيل لا يتعلق لأنها للمضي ، كأنه قال أمس . وفي «جوامع الفقه» : لا يقع . وقال بعض أصحاب الشافعي -رحمهم الله- : يقع في الحال ، ولا يتعلق . وكذا لو قال أنت طالق لولا دخولك الدار لا يقع . وفي «المغني» قال : أنت طالق أو دخلت الدار يقع وأو للمضي ، ويحتمل أن لا يقع كقوله أمس ، وعندنا يقع فيهما . وفي «جوامع الفقه » قال : ادخلي الدار وأنت طالق تطلق، لأن جواب الأمر كالشرط بالفاء .

وفي « المبسوط « «والذخيرة » قال : أدي إليَّ الفاء وأنت طالق لا يقع حتى تؤدي ، لأنه جواب الأمر . وفي «المبسوط» لأن الواو للحال . ولو قال : أدي الفاء فأنت طالق يقع في الحال ؛

لأن الفاء للتعليل . ولو قال إن وطئتك فيمينه على الجماع .

وقال ابن قدامة : وعن محمد بن الحسن : يمينه على الوطء بالقدم . ولو قال أردت به الجماع لم يقبل ، وقد غلط ابن قدامة في النقل عن محمد -رحمه الله تعالى- ، فإن محمداً ذكر في «الجامع» : ولو قال لها إن وطئتك فهو على الجماع في فرجها بذكره ، ولو نوى الدوس بالقدم لا يصدق في الصرف عن الجماع ويحنث بالدوس بالقدم أيضًا لاعترافه به على نفسه .

ولو قال : إن وطئت من غير ذكر امرأة فهو على الدوس بالقدم وهو اللغة والعرف ، وذلك باتفاق أصحابنا ، ولو قال رجل لامرأة غيره إذا دخلت الدار فأنت طالق فبلغ الزوج فأجازه صح ، حتى لو دخلت بعد الإجازة تطلق وبعدها لا .

****

فصل في الاستثناء

وإذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إن شاء الله تعالى متصلاً لم يقع الطلاق

م: (**فصل في الاستثناء**)

ش: أي هذا فصل في بيان حكم الاستثناء وهو التكلم بالباقي بعد الاستثناء وهو الاستفعال من المثنى وهو العرف ، يقال ثنيته أي عطفته ، وألحق الاستثناء بالتعليق، لأنها في بيان التفسير ، ولأن الشرط يمنع كل الكلام ، والاستثناء بعضه ، والجزء مقدم على الكل .

م: (**وإذا قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله تعالى متصلاً لم يقع الطلاق**) ش: قيل : كان ينبغي أن يذكر هذه المسألة في الفصل المتقدم ، لأنها ليست باستثناء ، بل هي تعليق .

وأجيب: بأن التعليق بمشيئة الله تعالى شبهًا قويًا بالاستثناء بمنع حكم صدر الكلام عما كان قبل الاستثناء بحيث لا يتوقف وجوده على وجود الشرط ، فكذا حكم صدر الكلام يمتنع أصلاً في التعليق بمشيئة الله تعالى ، ولا يتوقف على وجود الشرط ، فلهذه المناسبة ذكر التعليق بالمشيئة في فصل الاستثناء .

قوله: متصلاً نصب على أنه صفة لمصدر محذوف ، أي قولاً متصلاً ، والمراد من الاتصال أن لا يقطع قوله إن شاء الله تعالى قبل قوله أنت طالق بكلام آخر أو سكوت .

وأما الفصل لانقطاع النفس فلا عبرة به لعدم إمكان التحرز عنه . ولو أتى بحروف الاستثناء بحيث لا يسمع يقع الاستثناء صحيحًا ، وهو اختيار الكرخي ؛ لأن السماع ليس بشرط صحة الكلام ، ولهذا يصح استثناء الأصم ، وإن لم يسمع هو أيضًا ، وعلى شرط الاتصال جمهور العلماء ، وهو قول الأئمة الأربعة ، ومنهم من جوز الاستثناء ما لم يقم من المجلس ، وبه قال الحسن البصري ، وطاوس وعن ابن عباس -رضي الله عنه- جوازه إلى مدة سنة ، وعنه جوازه أبدًا .

وقال سعيد بن جبير : بعد أربعة أشهر . وقال قتادة : بعد سنتين . وقال أحمد : له الاستثناء ما دام في ذلك الأمر . ولو جرى على لسانه إن شاء الله من غير قصد لا يقع طلاقه ، لأن الاستثناء وجد حقيقة ، وهو صريح في بابه ، والصريح لا يفتقر إلى النية كقوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك ، وفيه خلاف الشافعية .

قوله: لم يقع الطلاق وبه قال طاوس وإبراهيم النخعي والحكم والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور ، وهو قول عطاء ومجاهد والزهري والشعبي وحماد وعبد الرزاق وسعيد بن المسيب والأوزاعي وعثمان البتي ، وبه قالت الظاهرية وأبو سليمان .

وقال مالك ومكحول وقتادة وغيره قال أصحابنا : لا شيء عليه ، وبه قال الشعبي وابن أبي

ليلى وإسحاق وأبو عبيد .

وقال مالك : لا استثناء في الطلاق والعتاق والصدقة ويعتبر اليمين والنذر . وعند أحمد لا يرفع الطلاق خاصة ويرفع العتاق والأيمان ، ثم اختلفوا في عمله أي في عمل الاستثناء فقال أبو يوسف إبطال ، وبه قال بعض أصحاب الشافعي . وقال محمد : تعليق . وبه قال بعض أصحاب الشافعي -رحمهم الله .

وتظهر ثمرة الخلاف فيما إذا قدم المشيئة فقال : إن شاء الله تعالى أنت طالق ، فعند أبي يوسف - رحمه الله - أنه لإبطال الكلام ، سواء قدم أو أخر بحرف الفاء أو بغيره . وعن محمد - رحمه الله - يقع ، لأنه للتعليق ، فإذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق نفي الطلاق بلا شرط ، كذا في « الجامع الكبير » لقاضي خان . وذكر في « الفتاوى الصغرى » الفتوى على قول أبي يوسف ، وذكر في «الإيضاح» الاختلاف على العكس .

ثم اختلف أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - في الطلاق المقرون بالاستثناء في موضع يقع الاستثناء هل يكون يمينًا ؟ قال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله- : يكون يمينًا ، حتى لو قال لها : إن حلفت بطلاقك فعبدي حر ، ثم قال لها : أنت طالق إن شاء الله يحنث في يمينه عند أبي يوسف . وقال محمد - رحمه الله- : لا يكون يمينًا ولا يحنث ولا يقع الطلاق ، وكذا العتاق لو قال لعبده : إن حلفت بعتقك فأنت حر ، ثم قال : أنت حر إن شاء الله تعالى .

م: (لقوله ﷺ :« من حلف بطلاق أو عتاق وقال : إن شاء الله تعالى متصلاً فلا حنث عليه »[(1)])
ش: أي لقول النبي ﷺ ، وهذا الحديث بهذا اللفظ غريب ، وروى أصحاب السنن الأربعة من حديث أيوب السختياني عن نافع عن ابن عمر -رضي الله تعالى عنهما- أن رسول الله ﷺ قال : « من حلف على يمين فقال : إن شاء الله فلا حنث عليه »[(2)] بلفظ الترمذي وقال : هذا حديث حسن .

---

(١) قال الزيلعي : غريب بهذا اللفظ .

(٢) رواه الترمذي باب الاستثناء في اليمين (١٥٨٦) ، وأبو داود باب الاستثناء في اليمين (٣٢٦١) والنسائي (٧٥٥١) وابن ماجة (٢١٠٥) من طريق أيوب السختياني عن نافع عن ابن عمر مرفوعًا . قال الترمذي : حديث حسن وقد روي عن نافع عن ابن عمر موقوفًا ، وروي عن سالم عنه موقوفًا . ولا نعلم أحدًا رفعه غير أيوب السختياني ، وقال إسماعيل بن إبراهيم : كان أيوب أحياناً يرفعه وأحيانًا لا يرفعه .

قلت : أيوب ثقة حافظ وزيادته مقبولة إلا أنه اضطرب في هذا الحديث فنأخذ منه ما وافق غيره من الثقات ، والله أعلم .

قال الترمذي : سألت محمداً عن هذا الحديث فقال لي : هذا حديث خطأ أخطأ فيه عبد الرزاق اختصره من حديث معمر عن ابن طاوس عن أبيه عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : «إن سليمان قال: لأطوفن الليلة » . . . الحديث .

ولأنه أتى بصورة الشرط ، فيكون تعليقاً من هذا الوجه ،ولأنه اعدام قبل الشرط ، والشرط لا يعلم ها هنا ، فيكون إعداماً من الأصل ، ولهذا يشترط أن يكون متصلاً به ،

وقد روي عن نافع عن ابن عمر -رضي الله عنهما - موقوفًا . وروي عن سالم عن ابن عمر موقوفًا ، ولا نعلم أحدًا رفعه غير أيوب السختياني ، وقال إسماعيل بن إبراهيم : كان أيوب أحيانًا يرفعه ، وأحيانًا لا يرفعه ، ولفظ أبي داود فيه : فقد استثنى .

وروى الترمذي والنسائي وابن ماجة عن عبد الرزاق عن معمر عن ابن طاوس عن أبيه عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال : « **إن سليمان ﷺ قال : لأطوفن الليلة به** »[1] . وفيه لو قال : إن شاء الله تعالى لكان كما قال . وروى ابن عدي في « الكامل » عن إسحاق بن أبي يحيى الكعبي عن عبد العزيز بن أبي داود عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس - رضي الله تعالى عنهم - : من قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله ، أو لغلامه أنت حر أو علي المشي إلى بيت الله إن شاء الله فلا شيء عليه ، وهو معلول بإسحاق الكعبي .

فإن قلت: ليس في الحديث الذي رواه أصحاب «السنن» متصلاً به ، وقد روي أن النبي ﷺ قال : «**لأغزون قريشًا** » ثم قال بعد سنة : « **إن شاء الله تعالى** » .

قلت: أجيب : بمنع صحة هذا وبعد التسليم بصحته نقول : إن الاستثناء كان من قوله : لأغزون قريشًا الذي سبق قبل سنة ، لأنه يحتمل أن الاستثناء كان منه ، لكن لا نسلم أن قصد النبي ﷺ كان من قوله : «لأغزون» ، الاستثناء فلم يجز أن يكون قصده الاستدراك المأمور به الثابت من قوله تعالى : ﴿ **ولا تقولن لشيء إني فاعل ذلك غدًا إلا أن يشاء الله واذكر ربك إذا نسيت**﴾ (الكهف : الآيتان٢٣ ، ٢٤) .

م: (ولأنه) ش: أي ولأن المستثني بكسر النون م: (**أتى بصورة الشرط**) ش: أي بحرف صريح دون حقيقة الشرط ، لأن حقيقة الشرط عبارة عما يكون على خطر وتردد ومشيئة الله تعالى ليست كذلك لثبوتها قطعًا أو انتفائها كذلك ، وما هو كذلك م: (**فيكون تعليقًا من هذا الوجه**) ش: يعني من حيث الصورة م: (ولأنه) ش: أي قوله : إن شاء الله تعالى م: (**إعدام**) ش: للعلية م: (**قبل**) ش: وجود م: (**الشرط، والشرط**) ش: وهو مشيئة الله تعالى م: (**لا يعلم ها هنا**) ش: أي في صورة التعليق بمشيئة الله تعالى ، لأنا لا نطلع عليها م: (**فيكون إعدامًا**) ش: أي للجزاء م: (**من الأصل**) ش: أي من ابتداء العدم العلم بالمشيئة ، فصار كأنه لم يقل أنت طالق أصلاً ، فكان إبطالاً للكلام .

م: (ولهذا) ش: أي ولأن في الاستثناء معنى الشرط م: (**يشترط أن يكون متصلاً به**) ش: وعليه

---

(١) رواه الترمذي (١٥٨٧) والنسائي (٣٦٠٧) من طريق معمر عن ابن طاوس عن أبيه عن أبي هريرة ، قلت : وهذا إسناد صحيح .

بمنزلة سائر الشروط. ولو سكت يثبت حكم الكلام الأول ، فيكون الاستثناء أوذكرالشرط بعده رجوعاً عن الأول . قال : وكذا إذا ماتت قبل قوله إن شاء الله تعالى ، لأن بالاستثناء خرج الكلام من أن يكون إيجاباً ، والموت ينافي الموجب دون المبطل ، بخلاف ما إذا مات الزوج ، لأنه لا يتصل به الاستثناء .

جمهور العلماء ، وقد ذكرنا الخلاف فيه عن قريب م: (**بمنزلة سائر الشروط**) ش: لكونه بيان تغيير ، وشرطه هو الاتصال .

م: (**ولو سكت**) ش: أي المتكلم زيادة على قدر النفس بين قوله : أنت طالق وبين قوله : إن شاء الله م: (**يثبت حكم الكلام الأول**) ش: وهو وقوع الطلاق، لأنه لا يصح الاستثناء المنفصل على مذهب الجمهور م: (**فيكون الاستثناء**) ش: على قول محمد -رحمه الله- والاستثناء بالنصب، لأنه يكون بالتعليق بمشيئة الله تعالى استثناء عن الكلام الأول، ويجوز بالرفع على أن تكون تامة أو ناقصة يكون خبرها الجار والمجرور، أعني قوله عن الأول م: (**أو ذكر الشرط**) ش: على قول أبي يوسف -رحمه الله- ، أي ويكون ذكر الشرط وهو قوله: إن شاء الله م: (**بعده**) ش: أي بعد قوله : أنت طالق م: (**رجوعًا عن الأول**) ش: أي عن الكلام الأول . وإنما قلنا لكون الاستثناء على قول محمد - رحمه الله - والشرط على قول أبي يوسف-رحمه الله - لأن محمداً يقول إن قوله إن شاء الله إعدام، لأنه بمنزلة الاستثناء. وأبو يوسف -رحمه الله- يقول: إنه شرط، ولهذا قال في «الفتاوى الصغرى» أنت طالق إن شاء الله فهو يمين عند أبي يوسف -رحمه الله- حتى لو قال لامرأته إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، ثم قال لها أنت طالق إن شاء الله يحنث عند أبي يوسف، وعند محمد لا يكون يمينًا حتى لا يحنث به عنده .

م: (**قال: وكذا إذا ماتت**) ش: وفي بعض النسخ وكذا إن ماتت ، وليس فيه لفظ قال: وهو معطوف على قوله : لم يقع في أول الفعل ، يعني إذا ماتت المرأة بعد قوله : أنت طالق م: (**قبل قوله : إن شاء الله تعالى**) ش: أي لا يقع الطلاق م: (**لأن بالاستثناء خرج الكلام من أن يكون إيجابًا**) ش: فإذا بطل الإيجاب بطل الحكم م: (**والموت ينافي الموجب**) ش: جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال : الموت ينافي قوله : أنت طالق حتى لا يقع الطلاق به بعد موتها ، فينبغي أن يكون منافيًا للاستثناء وهو المبطل، فيقع الطلاق. فأجاب بقوله : الموت ينافي الموجب، وهو قوله : أنت طالق م: (**دون المبطل**) ش: وهو الاستثناء ، أعني قوله : إن شاء الله ، لأن الموجب يستدعي المحل، ولهذا لو قال لامرأته : أنت طالق واحدة كانت قبل قوله واحدة لا يقع، لأن الموت ينافي المحلية ، والاستثناء يبطل، وأنه يستدعي صحة الإيجاب الذي يقوم بالزوج ، والموت يلائمه في الإبطال.

م: (**بخلاف ما إذا مات الزوج لأنه لا يتصل به الاستثناء**) ش: أي بخلاف ما إذا مات الزوج قبل

وإن قال أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة طلقت ثنتين ، وإن قال إلا ثنتين طلقت واحدة .

قوله إن شاء الله ، حيث يقع الطلاق، لأنه لم يتصل المغير وهو الاستثناء بأول كلامه فإنما يعلم إرادة الاستثناء بقوله قبل ذلك : إني أطلق امرأتي وأستثني .

م: (**ولو قال : أنت طالق ثلاثًا إلا واحدة طلقت ثنتين ، وإن قال: إلا ثنتين**) ش: أي وإن قال : أنت طالق ثلاثًا إلا ثنتين م: (**طلقت واحدة**) ش: وفي ذكر المثالين إشارة إلى القليل والكثير سواء، خلافًا للفراء ، فإنه لا يجوز الأكثر ويدعي أنه لم تتكلم به العرب . وفي «الغاية» : ذهب النحاة من أهل الكوفة والبصرة إلى أن استثناء الأكثر غير جائز ، واختلفوا في جواز استثناء النصف، وتبعه أحمد فيها، وذهب بعض المالكية إلى هذا أيضًا، وفي «البدائع» «والميزان » روي عن أبي يوسف وهو قول الفراء أنه لا يجوز استثناء الأكثر من الأقل، وصوابه من الكل . وفي «الأسبيجابي» روي عن أبي يوسف - رحمه الله- لا يجوز استثناء الأكثر وهو الصواب، وزعموا أن العرب لم يوجد في كلامهم له [عليَّ عشرة إلا تسعة]، ولم تتكلم به ، ولا يصح استثناء الكل من الكل ، وذكر ابن طلحة في مختصره المعروف « بالمدخل » قولين في جواز استثناء الكل من الكل .

وقال الأموي : منع بعض أهل اللغة استثناء العقد، ولا يقال : له علي مائة إلا عشرة إلا خمسة . وذكر أبو بكر من الحنابلة أن الاستثناء لا يكون في الطلاق، فإذا قال: أنت طالق ثلاثًا إلا واحدة وقع الثلاث وهذا باطل . ولو قال : أنت طالق أربعًا إلا ثلاثًا صح الاستثناء ويقع واحدة . وفي «المحيط » : لو قال : أنت طالق ثنتين وثنتين إلا ثنتين إن نوى استثناء الأولى والأخيرة لا يصح، لأنه استثنى الكل فيقع الثلاث، وإن نوى واحدة من الأولى وواحدة من الثانية صح ويقع ثنتان ، وكذا عند عدم النية ، خلافًا لزفر وأحمد - رحمهما الله - ،وفي « الذخيرة » : وهذا قول أبي يوسف .

وروى هشام عن محمد : لو قال : أنت طالق ثنتين وثنتين إلا ثلاثًا يقع الثلاث، لأنه نوى استثناء الكل . ولو قال: ثلاثًا إلا نصفًا يقع ثنتان عند أبي يوسف، وعند محمد -رحمه الله- يقع الثلاث، وبه قال مالك والشافعي وأحمد -رحمهم الله- . ولو قال: أنت طالق واحدة ونصفًا إلا واحدة ونصفًا يقع ثنتان عند أبي يوسف، وهو رواية عن محمد، وعنه يقع واحدة . وفي «الذخيرة » قال: أنت طالق ثلاثًا إلا واحدة وواحدة بطل الاستثناء ووقع الثلاث عند أبي حنيفة ، وعندهما يقع ثنتان. وعن أبي يوسف يقع واحدة . ولو قال : أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا ثلاثًا بطل الاستثناء . ولو قال : أنت طالق ثنتين وواحدة وواحدة وثنتين إلا ثنتين فهي ثلاث . ولو قال : أنت طالق واحدة وثنتين إلا واحدة يقع ثنتان، ويصير مستثنيًا الواحدة من الثنتين . ولو قال : ثنتين وأربعًا إلا خمسًا يقع الثلاث، ذكره القدوري .

وفي « المنتقى» قال: أنت طالق ثلاثًا وثلاثًا إلا أربعًا فهي ثلاث عند أبي حنيفة، ويروى عن

والأصل أن الاستثناء تكلم حاصل بعد الثنيا هو الصحيح ، ومعناه أنه تكلم بالمستثنى منه ، إذ لا فرق بين قول القائل لفلان علي درهم وبين قوله عشرة إلا تسعة ، فيصح استثناء البعض من الجملة لأنه يبقى التكلم بالبعض بعده ، ولا يصلح استثناء الكل من الكل لأنه لا يبقى بعده شيء ليصير متكلماً به وصارفاً اللفظ إليه ،

محمد ويصير قوله : وثلاثًا ثانيًا لغوًا فاصلاً . وقال أبو يوسف : تطلق ثنتين، وهو الظاهر من قول محمد. ولو قال: أنت طالق عشرًا إلا أربعًا إلا تسعًا يقع واحدة. ولو قال : إلا ثمانيًا يقع ثنتان ، ولو قال إلا سبعًا يقع الثلاث، ولو قال هذه طالق وهذه طالق إلا هذه كان الاستثناء باطلاً. ولو قال : أنت طالق خمسًا إلا واحدة يقع الثلاث . وفي وجه للحنابلة يقع ثنتان .

م: (**والأصل أن الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا**) ش: بضم الثاء المثلثة وسكون النون وهو اسم بمعنى الاستثناء ، ومعناه إن صدر الكلام بعد الاستثناء يصير عبارة عما وراء الاستثناء يدل عليه قوله تعالى : ﴿ **فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عامًا** ﴾ (العنكبوت : الآية ١٤) ، معناه : لبث فيهم تسع مائة وخمسين عامًا م: (**هو الصحيح**) ش: احترز عما قال البعض : إنه إخراج ، وفيه معنى المعارضة ، وهو صفة الأصول .

م: (**ومعناه**) ش: أي معنى الثنيا م: (**أنه تكلم بالمستثنى منه، إذ لا فرق بين قول القائل لفلان علي درهم ، وبين قوله عشرة إلا تسعة فيصح استثناء البعض من الجملة ؛ لأنه يبقى التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل؛ لأنه لا يبقى بعده شيء ليصير متكلمًا به وصارفًا اللفظ إليه**) ش: الضمير في : بعده ، يرجع إلى استثناء الكل ، وفي : به يرجع إلى شيء، وكذا في : إليه وهذا كما إذا قال لامرأته : أنت طالق ثلاثًا إلا ثلاثًا تطلق ثلاثًا لبطلان الاستثناء .

وقال شمس الأئمة السرخسي في «مبسوطه» : وعن بعض مشايخنا أن استثناء الكل رجوع، وأن الرجوع عن الطلاق باطل، وليس كذلك لأنه يبطل استثناء الكل من الوصية ، مع أن الوصية تحتمل الرجوع .

وذكر المصنف في «زياداته» إذا استثنى الكل من الكل إنما لا يصح إذا كان بمعنى ذلك اللفظ ، وأما إذا استثنى بغير ذلك اللفظ فيصح ، وإن كان استثناء الكل من الكل من حيث المعنى ، فإنه لو قال : كل نسائي طوالق إلا كل نسائي لا يصح الاستثناء، بل يطلق كلهن . ولو قال : كل نسائي طوالق إلا زينب وعمرة وبكرة وسلمى لا تطلق واحدة منهن، وإن كان هو استثناء الكل من الكل، وهذا لأن الاستثناء تصرف لفظي، فيصح فيما صح فيه اللفظ كلما استثنى الجزء عن الكل، وصح لفظًا، فكذا فيما بقي، فلو كان الاستثناء يتبع الحكم الشرعي لما صح في قوله : أنت طالق عشرًا إلا تسعًا، لأنه لا يزيد على الثلاث شرعًا وهو الصحيح بلا خلاف .

وإنما صح الاستثناء إذا كان موصولاً به كما ذكرنا من قبل ، وإذا ثبت هذا ففي الفصل الأول بقي منه «ثنتان» فيقعان ، وفي الثاني «واحدة» فتقع واحدة ، ولو قال إلا ثلاثاً يقع الثلاث لأنه استثناء الكل من الكل ، فلم يصح الاستثناء ،والله أعلم .

م: (**وإنما صح**) ش: أي الاستثناء م: (**إذا كان موصولاً به**) ش: أي بالاستثناء م: (**لما ذكرنا من قبل**) ش: أي في قوله : أنت طالق إن شاء الله يعني كما لا يصح قوله : إن شاء الله إلا متصلاً ، لا يصح قوله : أنت طالق إلا واحدة ، وقوله : إلا ثنتين إلا متصلاً .

م: (**وإذا ثبت هذا ففي الفصل الأول**) ش: أراد به استثناء الواحدة من الثلاث م: (**بقي منه**) ش: أي بقي من المستثنى منه م: (**ثنتان فيقعان ، وفي الثاني**) ش: أي في الفصل الثاني، أراد به استثناء الثنتين من الثلاث م: (**واحدة فتقع واحدة . ولو قال : إلا ثلاثًا يقع الثلاث**) ش: يعني إذا قال : أنت طالق ثلاثًا إلا ثلاثًا يقع الثلاث م: (**لأنه استثناء الكل من الكل ، فلم يصح الاستثناء**) ش: لعدم بقاء شيء بعد الاستثناء ، ويصير الكلام عبارة عنه ،والله أعلم .

* * *

باب طلاق المريض

إذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقاً بائناً فمات وهي في العدة ورثته ، وإن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها

م: **(باب طلاق المريض)**

ش: أي : هذا باب في بيان أحكام طلاق المريض ، ولما فرغ من بيان طلاق الصحيح شرع في بيان طلاق المريض ، لأن المرض عارض ، والأصل عدمه ، والمرض معنى يزول بحلوله في بدن الحي اعتدال الطبائع .

م: **(وإذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقًا بائنًا فمات وهي في العدة ورثته)** ش: أي ورثت المرأة زوجها المطلق ميراثها الشرعي م: **(وإن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها)** ش: في هذه أربعة عشر قولاً :

الأول : أنه يقع طلاقه ، وعزاه ابن حزم إلى عثمان - رضي الله تعالى عنه .

الثاني : يقع طلاقه وترثه بشرط قيام العدة ، وهو قول عمر ، وابنه ، وابن مسعود ، وأبي بن كعب، وعائشة -رضي الله عنهم - ، وبه قال المغيرة ، والنخعي، وابن سيرين، وعروة ، والشعبي، وشريح ، وربيعة بن أبي عبد الرحمن، وطاوس ، والأوزاعي ، وابن شبرمة ، والليث بن سعد ، وسفيان الثوري، وحماد بن أبي سليمان والحارث العكلي .

الثالث : ترثه ما لم تتزوج زوجًا آخر ، وإن انقضت عدتها ، وهو قول ابن أبي ليلى ، وأحمد، وإسحاق ، وأبي عبيد .

الرابع : ترثه ، وإن تزوجت عشرة أزواج ، وبه قال مالك - رحمه الله - ، والليث في رواية عنه ، وذكره ابن رشيد في « الفوائد » .

الخامس : ترثه ويرثها ، وبه قال الحسن البصري .

السادس : إن صح منه ، ومات من مرض آخر لا ترثه عندنا . وقال الزهري والثوري والأوزاعي وزفر وأحمد وإسحاق : ترثه إن مات قبل انقضاء عدتها منه، ذكره عنهم ابن حزم في « المحلى » .

السابع : ترثه ويرثها إذا كان لها حمل أو قصد المضارة ، وهو قول عروة بن الزبير .

الثامن : ترثه وتنتقل عدتها إلى عدة الوفاة ما لم تنكح، وبه قال الشعبي .

التاسع : تعتد بأبعد الأجلين من ثلاث حيض أو أربعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد-رحمهما الله .

وقال الشافعي -رحمه الله- لا ترث في الوجهين ، لأن الزوجية قد بطلت بهذا العارض وهي السبب ، ولهذا لا يرثها إذا ماتت ، ولنا أن الزوجية سبب إرثها في مرض موته ، والزوج قصد إبطاله، فيرد عليه قصده بتأخير عمله إلى زمان انقضاء العدة دفعاً للضرر عنها ، وقد أمكن ؛لأن النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار ،

العاشر : ترثه قبل الدخول ، وعليها العدة ، وهو قول الحسن وإسحاق وأبي عبيد [. . .].

الثاني عشر : لو خيرها فطلقت نفسها ثلاثًا أو اختلعت منه أو حلف بطلاقها على دخولها الدار ، وهو صحيح عند الحلف مريض عند الدخول أو قال وهو صحيح : إن قدم فلان، فأنت طالق ثلاثًا فقدم وهو مريض طلقت ثلاثًا، لا ترثه عندنا . وعند مالك : ترثه في الكل .

الثالث عشر : يجب الصداق لها كاملاً ، ولا ميراث لها ولا عدة عليها، وبه قال جابر بن زيد .

الرابع عشر : لا ترثه أصلاً قبل الدخول وبعده ، وهو قول الظاهرية وأبي ثور، واختاره ابن المنذر في الأشراف، وهو الجديد للشافعي . وفي القديم : الزوج فار والميراث فيه ثلاثة أقوال :

الأول : مثل قولنا . و الثاني : مثل قول أحمد . والثالث : مثل قول مالك أبدًا .

م: (**وقال الشافعي : لا ترث في الوجهين**) ش: أي قبل العدة وبعدها . وفي شرح الأقطع والشافعي أقوال : أحدها : أنها لا ترث في الوجهين ، سواء مات في العدة أو بعد العدة، والآخر : أنها ترث ما لم تتزوج بزوج آخر ، وإن انقضت العدة ، وهو قول مالك . والآخر: أنها ترث وإن تزوجت بزوج آخر ، وهو قول ابن أبي ليلى م: (**لأن الزوجية قد بطلت بهذا العارض**) ش: أي بعارض الطلاق البائن م: (**وهي السبب**) ش: أي الزوجية هي سبب الميراث .

م: (**ولهذا**) ش: إيضاح لقوله : لأن الزوجية بطلت بهذا العارض م: (**لا يرثها إذا ماتت**) ش: لأن سبب الإرث قد زال ، فلا يثبت الحكم بلا سبب .

م: (**ولنا أن الزوجية سبب إرثها في مرض موته ، والزوج قصد إبطاله**) ش: أي إبطال إرثها (**فيرد عليه قصده**) ش: أي يرد على الزوج قصده، وهو قصد إبطال الإرث م: (**بتأخير عمله**) ش: أي عمل الطلاق م: (**إلى زمان انقضاء العدة دفعًا للضرر عنها**) ش: أي لأجل دفع الضرر عن المرأة، وكأن الطلاق لم يوجد في حق الإرث م: (**وقد أمكن**) ش: جواب عما يقال : إن كان سبب تأخير العمل دفع الضرر عنها ، وجب أن يستوي في ذلك الموطوءة وغيرها وما قبل انقضاء العدة وما بعدها ، فأجاب بقوله : وقد أمكن دفع الضرر ، وتقديره إنما يصح توريثها منه إذا أمكن تأخير عمل الطلاق ، ليكون السبب وهو النكاح قائمًا، وقد أمكن ذلك إلى زمان انقضاء العدة .

م: (**لأن النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار**) ش: من حرمة التزويج وحرمة الخروج

فجاز أن يبقى في حق إرثها عنه، بخلاف ما بعد انقضاء العدة ، لأنه لا إمكان ، والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لإرثه عنها ، فتبطل في حقه خصوصاً إذا رضي به

والبروز، وحرمة نكاح الأخت ونكاح أربعة سواها م: **(فجاز أن يبقى في حق إرثها منه)** ش: **دفعًا** للضرر عنها م: **(بخلاف ما بعد انقضاء العدة ؛ لأنه لا إمكان)** ش: أي لا إمكان لتأخير عمل الطلاق، لعدم بقاء النكاح أصلاً م: **(والزوجية في هذه الحالة)** ش: هذا جواب عن قوله : ولهذا لا يرثها إذا ماتت أي الزوجة فيما إذا كان الزوج مريضًا مرض الموت م: **(ليست بسبب لإرثه عنها)** ش: لأنه لم يتعلق حقه بمالها لكونها صحيحة **(فتبطل في حقه)** ش: قال السغناقي : فيبطل بالنصب لأنه جواب النفي. وقال الأكمل : وقال بعض الشارحين بالرفع لا غير، ولكل منهما وجه خلا قوله : لا غير، فإنه لا وجه له، انتهى .

قلت : أراد بقوله : بعض الشارحين الأترازي ، فإنه قال في شرحه : فقوله يبطل في حقه بالرفع لا غير ، أي فتبطل الزوجية بالطلاق البائن في حق الرجل حقيقة وحكمًا، فلا يرثها إذا ماتت لبطلان الزوجية أصلاً ، بخلاف ما إذا مات الزوج حيث ترثه المرأة ، لأن الزوجية وإن بطلت بالطلاق البائن حقيقة جعلت باقية في حقها دفعًا للضرر عنها، لأنه قصد إبطال حقها . ولا يجوز أن يقال بالنصب جوابًا للنفي، لأنه حينئذ ينعكس الغرض، لأنه يكون معناه : لو كانت الزوجية سبب إرث الزوج عنها لبطلت، ولكنها ليست بسبب، فإذا لم تبطل الزوجية يجب أن يرثها ولا يقول به أحد لا نحن ولا الشافعي - رضي الله عنه - ، والذي وقع في بعض الشروح بنصب اللام سهوًا، انتهى .

قلت: الكاكي تبع السغناقي فقال: فيبطل بالنصب، لأنه جواب النفي ، والذي قاله الأكمل هو الوجه ، فافهم .

م: **(خصوصًا إذا رضي به)** ش: أي لا سيما أن الزوج إذا رضي بحرمانه من الإرث ، حيث أقدم على الطلاق.

واعلم أن أصحابنا استدلوا في هذا الباب بالنقل والعقل، وصاحب الهداية لم يذكر شيئًا من النقل ، فنقول بإجماع الصحابة توريث امرأة الفار ، بيانه أن عبد الرحمن ابن عوف -رضي الله تعالى عنه- طلق امرأته تماضر في مرض موته فورثها عثمان-رضي الله تعالى عنه - ، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة -رضي الله تعالى عنهم - ، فحل محل الإجماع .

فإن قلت: لا نسلم الإجماع، لأنه روي عن عبد الله بن الزبير -رضي الله تعالى عنهما - في حديث تماضر أنه قال : لو كان الأمر إليّ لما ورثتها .

قلت: أجيب : بأنه قد صح عن ابن الزبير -رضي الله تعالى عنهما - أنه قال هذا الكلام في وقت إمارته بعد سبق الإجماع، والخلاف المتأخر لا يرفع الإجماع السابق، ولئن سلمنا أنه قاله

....

وقت توريث تماضر، فنقول : ما ورثها لخفاء وجه الاستحسان عليه، أو نقول : كانت تماضر سألت الطلاق فاعتقد ابن الزبير - رضي الله عنه - أن سؤالها يسقط الإرث، وبه نقول، ولكن عثمان إنما ورثها عند وجود سؤال الطلاق فعند عدمه أولى . انتهى .

وفي السروجي : وأجابوا عن قول ابن الزبير في خلافته : لو كنت أنا لم أقل بتوريثها إن لم يكن في ذلك الوقت من الفقهاء . وفي «البدائع» : وكان الإجماع قد انعقد على ذلك، وخلافه بعد وقوع الإجماع من الصحابة لا يقدح فيه، لأن انقراض العصر ليس بشرط لصحة الإجماع، أو خالفه لتوريثه بعد سؤالها ، وقد روي ذلك ، ولعل عثمان كان يرى أن ذلك لا يسقط إرثها ، وفي« الجواهر» و«المحلى» في رواية كان توريث عثمان -رضي الله عنه - بعد انقضاء العدة ، وروى هشام عن أبي مسلم عن أبيه أنه كان بعد العدة ، وروى عنه أبو عمر أنه كان في العدة ، وقال ابن حزم وعمر : هذا ضعيف، لكن ثبت من طريق عبد الرزاق عن ابن جريج عن أبي مليكة أنه سأل عبد الله بن الزبير قال : طلق عبد الرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنه بنت الأصبع الكلبية فبتها ، ثم مات في العدة فورثها عثمان، رواه عنه الحجاج بن المنهال وسعيد بن منصور، وقد اتفقا على أن توريثها كان في العدة، وهو قول الجمهور .

ويحتمل قول من قال : إنه ورثها بعد انقضاء العدة مع ضعفه أنه كان تأخير المخاصمة والقسمة وقع بعد العدة ، وكان موته قبل انقضاء العدة يدل عليه قوله : فلم يلبث إلا يسيرًا حتى مات ، وتماضر بضم التاء المثناة من فوق، وتخفيف الميم ، وكسر الضاد المعجمة في آخره، بنت عمر بن الشريد السلمية . قال أبو عمر : وهي الخنساء الشاعرة بنت عمرو بن الشريد بن رباح بن ثعلبة بن جفاف بن امرئ القيس بن نهبة بن سليم قدمت على النبي ﷺ مع قومها فأسلمت فذكروا أن رسول الله ﷺ كان يستشهد بها ويعجبه شعرها ، فكانت تنشده ، وهو يقول فيه بأجناس ويومئ بيده -عليه السلام- . وأجمع أهل العلم بالشعر أنه لم يكن امرأة قط قبلها ولا بعدها أشعر منها . وقالوا : اسم الخنساء تماضر، وكانت حضرت حرب القادسية ومعها بنوها أربعة رجال، واستشهد الأربعة فيها، وكان عمر - رضي الله تعالى عنه - يعطي الخنساء أرزاق أولادها الأربعة لكل واحد مائتي درهم حتى قبض -رضي الله تعالى عنه .

وفي السروجي : وروي عن عثمان - رضي الله تعالى عنه - لما قضى بتوريثها قال : فر من كتاب الله ، وروي عنه أنه قال : ما فررت من كتاب الله أي ما قصدت الفرار، وحصل لها بالصلح عن ربع سهمها ثمانون ألفًا . وذكر بعض أهل الحديث أنها كانت دنانير . وذكر عبد المغني في الأربعين أن ورثته كانوا يقطعون مسائل الذهب بالقوس ويقتسمونها .

ومن الدليل في هذا الباب ما روي عن إبراهيم النخعي أنه قال : جاء عروة البارقي إلى

وإن طلقها ثلاثًا بأمرها أو قال لها اختاري ، فاختارت نفسها، أو اختلعت منه، ثم مات وهي في العدة لم ترثه ؛

شريح من عند عمر -رضي الله تعالى عنه- بخمس خصال منهن : إذا طلق المريض امرأته ثلاثًا ورثته إذا مات وهي في العدة . وعن الشعبي : أن أم البنين بنت عيينة بن حصن كانت تحت عثمان ابن عفان-رضي الله تعالى عنه- فارقها بعدما حوصر فجاءت إلى علي -رضي الله تعالى عنه- فأخبرته بذلك ، فقال: تركها حتى إذا أشرف على الموت فارقها ،فورثها منه، وعن عائشة-رضي الله تعالى عنها- أن امرأة الفار ترث . ثم اعلم أن الذي ذكره صاحب « الهداية » مع الخلاف فيه أنه إذا كان طلاق المريض بائنًا ،كما إذا صرح به، وأما إذا كان رجعيًا فبالأولى أن ترث، لأن حكم النكاح قائم .

فإن قلت: على ما ذكرت كان ينبغي أن الإرث أيضًا في البائن .

قلت: زمن مرض الموت زمن تعلق حق الوارث بمال الموروث . ولهذا يمنع من التبرع بما زاد على الثلث ، فبقي النكاح في حق الإرث .

فإن قلت: يمنع النكاح أصلاً ، ولهذا ثمه يجب عليه الحد إذا وطئها ولا ترث إذا كان الزواج برضاها ، وكذلك إذا كان الطلاق قبل الدخول، وكذا الإرث إذا مات بعد انقضاء العدة ، وكذا لا ترث إذا برأ ثم مات وهي في العدة .

قلت: أجيب : أن وجوب الحد باعتبار ارتفاع الحل ، ولم يدل على ارتفاع النكاح أصلاً، بل هو قائم من وجه ، ولهذا لا يجوز للمعتدة أن تتزوج بزوج آخر، وأن الطلاق برضاها يبطل حقها، والإقرار منه ، وأن الطلاق قبل الدخول باعتبار عدم وجوب العدة ، فلم يمكن إبقاء النكاح حكمًا، وأن انقضاء العدة يمكنها من التزوج بزوج آخر، فوجد المنافي للنكاح الأول ، فلم يجعل قائمًا حكمًا، وإن في البراءة لم يكن حقها متعلقًا بمال الزوج زمان الطلاق، ولم يوجد قصد إبطال الحق ، وإن موت المرأة لا يبقي الزوجية في حقه لا حقيقة ولا حكمًا .

وفي «مختصر الكافي » : وإن كانت المرأة أمة أو يهودية أو نصرانية فأبانها في مرضه بغير أمرها ، ثم أعتقت الأمة وأسلمت الكافرة ثم مات، وهي في العدة ، فلا ميراث لها منه ، لأنه لم يكن فارًا من ميراثها يوم طلق، لأنه لم يتعلق حقها بماله .

م: **(وإن طلقها ثلاثًا بأمرها)** ش: أي قالت له : طلقني ثلاثًا فطلقها ثلاث تطليقات في مرض موته م: **(أو قال لها : اختاري)** ش: أي أو خيرها في مرض موته م: **(فاختارت نفسها)** ش: أي قالت: اخترت نفسي م: **(أو اختلعت منه)** ش: أي أو اختلعت المرأة من الزوج م: **(ثم مات)** ش: أي الزوج والحال أنها في العدة، وهو معنى قوله م: **(وهي في العدة لم ترثه)** ش: جواب المسائل الثلاث، أي

لأنها رضيت بإبطال حقها ، والتأخير لحقها . وإن قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلاثًا ورثته ؛لأن الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح، فلم تكن بسؤالها راضية بإبطال حقها . وإن قال لها في مرض موته: قد كنت طلقتك ثلاثًا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ، ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث عند أبي حنيفة -رحمه الله - .وقال أبو يوسف ومحمد- رحمهما الله-: يجوز وصيته وإقراره لها ، وإن طلقها ثلاثًا في مرضه بأمرها، ثم

لم ترث الزوج م: (**لأنها رضيت بإبطال حقها ، والتأخير**) ش: أي تأخير عمل الطلاق في بطلان إرثها، أي انقضاء عدتها م: (**لحقها**) ش: وقد رضيت سقوطه .

وفي « المحيط » : لو جاءت الفرقة من قبلها في مرضه لم ترث منه ، لأنها باشرت سبب بطلان حقها . ولو جاءت الفرقة منها في مرضها ورثها الزوج . قيل : ينبغي أن يرثها لأنا جعلنا قيام العدة كقيام النكاح في حقها، ولا عدة ها هنا عند موتها فلم يبق النكاح كما بعد العدة . قيل في جوابه : لما صارت محجورة عن إبطال حقه أبقنا النكاح في حق الإرث دفعًا للضرر عنه أو ردًا لقصدها إبطال حقه كما حكمنا في مستعجل الإرث بحرمانه ردًا لقصده . وكذا لو حصلت الفرقة بسبب الجب والعنة، وخيار البلوغ والعتق في مرضه لا يرث لرضاها بالمبطل، فإن كانت مضطرة ، لأن سبب الإضرار لم يكن من جهة الزوج فلم يكن جانيًا في الفرقة . وفي «الجامع» : لو فارقته في مرضها في خيار العتق والبلوغ ورثها الزوج لأنها جاءت من قبلها، ولهذا لم يكن طلاقها . وفي «الينابيع» : جعل هذا قول أبي حنيفة ومحمد -رحمه الله .

م: (**وإن قالت : طلقني للرجعة فطلقها ثلاثًا ورثته ، لأن الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح، فلم تكن بسؤالها راضية بإبطال حقها**) ش: والسؤال مصدر سأله الشيء، وهو إضافة المصدر إلى الفاعل والمفعول متروك ، أي بسؤال المرأة الطلاق الرجعي، وفي بعض النسخ : بسؤاله بتذكير الضمير المضاف إليه، وهو من إضافة المصدرالمضاف إلى المفعول والفاعل متروك ، أي بسؤال الطلاق الرجعي كذا قرره الأترازي والتقدير على هذا الوجه بسؤال المرأة إياه الطلاق الرجعي .

م: (**وإن قال لها**) ش: أي وإن قال الرجل لامرأته م: (**في مرض موته قد كنت طلقتك ثلاثًا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته**) ش: أي المرأة صدقت زوجها بذلك، ولا ميراث لها أن الثابت بالتصادق كالثابت بالبينة م: (**ثم أقر لها بدين**) ش: بأن قال لها في ذمتي كذا وكذا، وربما مثلاً م: (**أو أوصى لها بوصية**) ش: من تركته م: (**فلها الأقل من ذلك**) ش: أي من المقربة والوصية م: (**ومن الميراث عند أبي حنيفة - رضي الله تعالى عنه - . وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله-: يجوز وصيته وإقراره لها**) ش: يعني لها جميع ما أقر لها وأوصى لها، سواء كان أقل من الميراث أو أكثر .

م: (**وإن طلقها ثلاثًا في مرضه بأمرها**) ش: بأن قالت له طلقني وهو مريض فطلقها ثلاثًا م: (**ثم**

أقر لها بدين ،أو أوصى لهـا بوصية فلها الأقل من ذلك ، ومن الميراث في قولهم جـميعًا إلا على قول زفـر- رحمه الله- ، فإن لهـا جميع ما أوصى ومـا أقر به ؛ لأن الميراث لما بطل بسـؤالها زال المانع من صحـة الإقرار والوصيـة .وجه قولهـما في المسألة الأولى أنـهما لما تصـادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت أجنبية عنه ، حتى جاز لـه أن يتزوج أختها ، وانعدمت التهمة ؛ ألا ترى أنه تقبل شهـادته لها، ويجوز وضع الزكاة فـيها، بخلاف المسـألة الثانية لأن العدة باقـية ، وهي سبب التهـمة ، والحكم يدار على دليل التـهمة ، ولهـذا يدار على النكاح والقرابة ، ولا عـدة في المسألة الأولى .ولأبي حنيفة -رحـمه الله -في المسألتين أن التهـمة قائمة ؛ لأن المرأة قـد تختار الطلاق لينفتح باب الإقرار والوصية عليها ، فيزيد حقها ، والزوجان قد يتواضعان

أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقـل من ذلك ، ومن الميراث في قولهم جميعًا) ش: أي في قول أبي حنيفة وصاحبيه . وفي« الجامع » : جعل هذا قول أبي حنيفة وحده م: **(إلا على قول زفر ، فإن لها جميع ما أوصى به وما أقر؛ لأن الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة الإقرار والوصية)** ش: ولا ميراث لها ، لأنها أسقطته بسؤالها .

م: **(وجه قولهما)** ش: أي قول أبي يوسف ومحمد م: **(في المسألة الأولى)** ش: أي فيما إذا قال لها في مرضه كنت طلقتك ثلاثًا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته م: **(أنهما)** ش: أي الزوجين م: **(لما تصادقا على الطلاق)** ش: أي على وقوعه م: **(وانقضاء العدة)** ش: أي وعلى انقضاء العدة م: **(صارت أجنبية عنه)** ش: أي عن الزوج .

م: **(حتى جاز له أن يتزوج أختها وانعدمت التهمة)** ش: لوجود التصادق م: **(ألا ترى)** ش: إيضاح لانعدام التهمة م: **(أنه)** ش: أي أن الشأن م: **(تقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكاة إليها)** ش: لأن إقراره صار كإقراره لسائر الأجانب ، وكذا وصيته لعدم التهمة ، فهذه الأحكام م: **(بخلاف المسألة الثانية)** ش: وهي ما إذا طلقها ثلاثًا في مرضه بأمرها .

م: **(لأن العدة باقية ، وهي سبب التهمة ، والحكم يدار على دليل التهمة)** ش: أي الحكم يترتب على دليل التهمة ويثبت به م: **(ولهذا)** ش: أي ولكون الحكم دائرًا على دليل التهمة م: **(يدار على النكاح)** ش: حيث لا يجوز شهادة أحد الزوجين للآخر للتهمة م: **(والقرابة)** ش: حيث لا يجوز شهادة القريب للقريب ، يعني قرابة الولاد ، لأنه يجوز شهادة الأخ للأخ لانعدام التهمة ، هكذا أطلقوا ، والمراد إذا لم يكن الأخ في عيال أخيه م: **(ولا عدة في المسألة الأولى)** ش: لتصادقهما على انقضاء العدة ، وليس فيها دليل التهمة .

م: **(ولأبي حنيفة في المسألتين أن التهمة قائمة)** ش: بسبب التواضع م: **(لأن المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الإقرار والوصية عليها)** ش: أي على المرأة ، وهو يتعلق بقوله لينفتح م: **(فيزيد حقها)** ش: بالرفع لأنه فاعل م: **(والزوجان قد يتواضعان)** ش: من التواضع ، وهو عبارة عن وضع الشخصين

على الإقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرئها الزوج بماله زيادة على ميراثها ، وهذه التهمة في الزيادة، فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث ، فصححناه ،ولا مواضعة عادة في حق الزكاة والتزوج والشهادة ، فلا تهمة في حق هذه الأحكام .قال : ومن كان محصوراً أو في صف القتال ، فطلق امرأته ثلاثًا لم ترثه، وإن كان قد بارز رجلاً أو قدم ليقتل في قصاص، أورجم ؛ ورثت إن مات في ذلك الوجه أو قتل ،

رأيهما على شيء واحد، وكذا المواضعة م: (**على الإقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرئها الزوج بماله زيادة**) ش: أي لأجل الزيادة م: (**على ميراثها ، وهذه التهمة في الزيادة فرددناها**) ش: أي الزيادة م: (**ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه**) ش: أي قدر الميراث.

م: (**ولا مواضعة عادة**) ش: جواب عن مسألة أيهما، بيانه أن المواضعة عادة لا تكون م: (**في حق الزكاة والتزوج والشهادة، فلا تهمة في حق هذه الأحكام**) ش: لأن الإقرار وتهمة الإثمار يتحقق في حق الإرث لا في حق هذه الأحكام، فاعتبرت في حق الإرث دون غيره . وفي « الذخيرة » : لا بد من تحكيم الحال إذا كان حال خصومة وغضب يقع الطلاق عليها بهذا الإقرار ، وإن لم يكن كذلك لم يقع.

م: (**قال : ومن كان محصورًا**) ش: وفي أكثر النسخ أي قال محمد في « الجامع الصغير»: ومن كان محصرًا هذا لبيان أن حكم الفرار غير منحصر في المرض، بل قال : كل شيء يقربه إلى الهلاك غالبًا، فهو في معنى مرض الموت م: (**أو في صف القتال**) ش: أي لو كان في صف القتال في الحرب م: (**فطلق امرأته ثلاثًا لم ترثه**) ش: أي لم ترث المرأة زوجها م: (**وإن كان**) ش: أي الذي في صف القتال م: (**قد بارز رجلاً**) ش: من المبارزة في الحرب، وهي الخروج من الصف لطلب القتال م: (**أو قدم**) ش: على صيغة المجهول، أي أو قدم الرجل م: (**ليقتل في قصاص**) ش: كلمة في ها هنا للتعليل ، أي لأجل قصاص نحو قوله تعالى : ﴿ **فذلكن الذي لمتنني فيه**﴾ (يوسف : الآية ٣٢) ، وفي الحديث : أن امرأة دخلت النار في هرة ، أي لأجل هرة م: (**أو رجم**) ش: أي أو قدم لأجل رجم بسبب الزنا .

م: (**ورثت إن مات في ذلك الوجه أو قتل**) ش: أي أو قتل بسبب آخر ، وفيه دليل على أنه لا فرق بينهما إذا مات بذلك السبب أو بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض إذا قتل، هذا ظاهر الرواية عن أصحابنا ، وهو المذكور في« مختصر الكافي» « والمبسوط» و «الشامل ». وقال شمس الأئمة السرخسي في «مبسوطه» : كان عيسى بن أبان يقول: لا ميراث لها لأن مرض الموت ما يكون سببًا للموت، ولما مات بسبب آخر علمنا أن مرضه لم يكن مرض الموت . ولنا أن الموت اتصل بالمرض والسبب الآخر يكون متممًا له ، ولا منافاة فيثبت الفرار فترث.

وأصله ما بينا أن امرأة الفار ترث استحسانًا ، وإنما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله ، وإنما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبًا ، كما إذا كان صاحب الفراش ، وهو أن يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الأصحاء ، وقد يثبت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب ، وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار ، فالمحصور والذي في صف القتال الغالب منه السلامة، لأن الحصن لدفع بأس العدو ،

م: (**وأصله**) ش: أي أصل ثبوت حكم الفرار م: (**ما بينا**) ش: أي في أول الباب م: (**أن امرأة الفار ترث استحسانًا**) ش: لا قياسًا كما هو أحد أقوال الشافعي ، لأن سبب الإرث انتهاء النكاح بالموت ولم يوجد لارتفاعه بالطلقات، والحكم لا يثبت بدون السبب . وجه الاستحسان ما مر وهو اتفاق الصحابة -رضي الله تعالى عنهم- على ذلك كما ذكرناه مفصلاً .

م: (**وإنما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله**) ش: أي بمال الزوج م: (**وإنما يتعلق**) ش: أي الفرار م: (**بمرض يخاف منه الهلاك غالبًا كما إذا كان صاحب الفراش، وهو أن يكون بحال لا يقوم بحوائجه**) ش: كالذهاب إلى المسجد وإلى قضاء حاجته . وعن شمس الأئمة السرخسي : أن المعتبر في حق الفقيه أن لا يقدر على الخروج إلى المسجد ، وفي السوق أن لا يقدر على الخروج إلى الدكان . وفي المرأة : أن لا يخرج إلى السطح، ولو كان المريض يقوم بحوائجه في البيت كالمشي إلى الخلاء ولا يقوم بحوائجه خارج البيت على التفصيل الذي ذكرنا فهو في حكم مرض الموت عند عامة مشايخ البخاري. وعند عامة مشايخ بلخ هو في حكم الصحيح .

وقال بعض المشايخ من المتأخرين : إذا كان بحال يمكنه أن يخطو ثلاث خطوات من غير أن يستعين بغيره ، فهو بمنزلة الصحيح ، وهذا ضعيف، فإن المريض جدًا لا يعجز عن هذا ، وقيل : الذي يتعذر عليه أداء الصلاة جالسًا . وقيل : الذي لا يقدر أن يقوم إلا أن يقيمه إنسان . وقيل : أن لا يقدر على الشيء إلا أن يهادى بين اثنين . وفي المرأة أن تعجز عن القيام بمصالح بيتها . والمرأة في حال الطلاق في حكم المرض.

م: (**كما يعتاده الأصحاء**) ش: أي من القيام بحوائجه ، والأصحاء جمع صحيح م: (**وقد يثبت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب**) ش: فيكون ذلك سببًا في حكم مرض الموت، فالآن يوضحه المصنف - رحمه الله تعالى :

م: (**وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار**) ش: وإن كان يخاف منه الهلاك، فلا يعطى له حكم المرض م: (**فالمحصور**) ش: إلى قوله : ولهذا أخوات إيضاح لما قبله، وبيان له، فلذلك ذكره بالفاء والمحصور هو المحبوس يقال حصره إذا حبسه م: (**والذي في صف القتال**) ش: أي في الصف للقتال م: (**الغالب منه السلامة**) ش: أي في كل واحد من المحصور والذي في صف القتال السلامة غالبًا، وإن كان يمتنع الهلاك نادرًا م: (**لأن الحصن لدفع بأس العدو**) ش: وهذا تعليل

وكذا المنعة فلا يثبت به حكم والفرار الذي بارز أو قدم ليقتل الغالب منه الهلاك ، فيتحقق به الفرار، ولهذا أخوات تخرج على هذا الحرف . وقوله إذا مات في ذلك الوجه أو قتل ، دليل على أنه لا فرق بين ما إذا مات بذلك السبب أو بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض إذا قتل ، وإذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح . إذا جاء رأس الشهر ، أو إذا دخلت الدار ، أو إذا صلى فلان الظهر ، أو إذا دخل فلان الدار ، فأنت طالق ، فكانت هذه الأشياء والزوج مريض لم ترث ،

للمحصور، لأن الغالب الذي في الحصن يأمن من شدة العدو .

م: (**وكذا المنعة**) ش: تعليل للذي في صف القتال، لأن حوله من يمنع كل من العدو، والمنعة بالفتحات ، ويقال: فلان في منعة من قومه ، أي في عز وأمن م: (**فلا يثبت به حكم الفرار**) ش: نتيجة لما قبله م: (**والذي بارز**) ش: أي الذي خرج للمبارزة م: (**أو قدم**) ش: على صيغة المجهول م: (**ليقتل**) ش: في قصاص أو رجم م: (**الغالب منه الهلاك**) ش: والخلاص نادر م: (**فيتحقق به الفرار**) ش: نتيجة لما قبله م: (**ولهذا**) ش: أي ولهذه الصورة المذكورة م: (**أخوات**) ش: يعني من الصورة الأخرى م: (**تخرج على هذا الحرف**) ش: أي على هذا الأصل المذكور وحرف كل شيء حده وناحيته ، والأصل المذكور هو ثبوت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب وعدم ثبوته فيما كان الغالب منه السلامة ، فمن الأول النازل في السبعة والراكب في السفينة وبقي على لوح ، وكذا في « المحيط » . وفي «جوامع الفقه» كان في سفينة فاضطربت الأمواج، وكان الغالب منه الغرق فهو كمرض الموت، وكذا الواقع في فم السبع والمسلول والمفلوج والمقعد ما دام يزاد ما به فهو من الثاني وإلا فهو من الأول، وصاحب جرح وقرحة أو وجع لم يصبه على الفراش بمنزلة الصحيح في الطلاق وغيره .

م: (**وقوله**) ش: أي قول محمد في« الجامع الصغير» م: (**إذا مات في ذلك الوجه أو قتل دليل على أنه لا فرق بين ما إذا مات بذلك السبب أو بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض إذا قتل**) ش: وقد مر الكلام فيه عن قريب .

م: (**وإذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح**) ش: أي والحال أنه صحيح م: (**إذا جاء رأس الشهر أو إذا**) ش: أي أو قال لها إذا م: (**دخلت الدار ، أو إذا صلى فلان الظهر، أو إذا دخل فلان الدار**) ش: وهذه أربع صور تعليقه وقوله م: (**فأنت طالق**) ش: جوابها ، أي طالق بائن لأن حكم الفرار يثبت بالبائن م: (**فكانت**) ش: أي وجدت وحدثت فكانت تامة م: (**هذه الأشياء**) ش: أي مجيء رأس الشهر، ودخول المرأة الدار ، وصلاة فلان الظهر ، ودخول فلان الدار م: (**والزوج مريض**) ش: أي والحال أن الزوج كان مريضًا وقت وجود هذه الأشياء م: (**لم ترث**) ش: جواب إذا في الصور المذكورة إلا في صورة المستثناة ، على ما يجيء الآن . وقال زفر : ترث، لأن المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط . قلنا: لا ترث ، لأنه لم يوجد منه الفرار، فلا ترث بيانه أنه كان حين

وإن كان القول في المرض ورثت إلا في قوله : إذا دخلت الدار ، وهذا على وجوه أربعة : إما أن يعلق الطلاق بمجيء الوقت ، أو بفعل الأجنبي ، أو بفعل نفسه ، أو بفعل المرأة ، أو كل وجه ، على وجهين ، أما إن كان التعليق في الصحة والشرط في المرض أو كلاهما في المرض ، أما الوجهين الأولان ، وهو ما إن كان التعليق بمجيء الوقت بأن قال: إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ، أو بفعل الأجنبي بأن قال إذا دخل فلان الدار أو صلى فلان الظهر فإن كان التعليق والشرط في المرض فلها الميراث ، لأن القصد إلى الفرار قد تحقق منه بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها بماله ، وإن كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث . وقال زفر -رحمه الله -: ترث ، لأن المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز، فكان إيقاعًا في المرض .

علق صحيحًا ولم يكن حق المرأة متعلق بماله، فلم يوجد الفرار، وحين وجد الشرط لم يوجد فعل من الزوج، لأن الشرط أمر سماوي أو فعل الأجنبي، والزوج ليس بقادر على إبطال التعليق، ولا على منع الفعل السماوي، ولا منع الأجنبي من إيجاد الشرط، فلم يكن قادرًا فلم ترث لعدم قصد العدوان من الزوج .

م: (**وإن كان القول في المرض ورثت إلا في قوله : إذا دخلت الدار**) ش: هذه الصورة المستثناة من الصور الأربعة المذكورة م: (**وهذا**) ش: إشارة إلى المذكور من الصور المذكورة، منها: أي من قوله: إذا دخلت الدار ، الخطاب إلى المرأة أو إلى نفسه م: (**على وجوه أربعة**) ش: الأول: هو قوله م: (**إما أن يعلق الطلاق بمجيء الوقت**) ش: بأن قال : إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق، والثاني : هو قوله م: (**أو بفعل الأجنبي**) ش: بأن قال : إذا صلى فلان الظهر أو إذا دخل فلان هذه الدار . والثالث : هو قوله م: (**أو بفعل نفسه**) ش: بأن قال : إن دخلت هذه الدار بالإخبار عن نفسه، والرابع : هو قوله م: (**أو بفعل المرأة**) ش: بأن قال مخاطبًا لها : إن دخلت هذه الدار م: (**أو كل وجه**) ش: أي من الوجوه المذكورة .

م: (**على وجهين**) ش: أحدهما قوله : م: (**أما إن كان التعليق في الصحة والشرط في المرض**) ش: والآخر هو قوله م: (**أو كلاهما**) ش: أي التعليق والشرط وجدا كلاهما م: (**في المرض. أما الوجهان الأولان وهو ما إن كان التعليق بمجيء الوقت بأن قال : إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ، أو بفعل الأجنبي بأن قال : إذا دخل فلان الدار ، أو صلى فلان الظهر ، فإن كان التعليق والشرط في المرض فلها الميراث ؛ لأن القصد إلى الفرار قد تحقق منه**) ش: أي من الزوج م: (**بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها بماله**) ش: وهو حال المرض الذي يخاف منه الهلاك، ولهذا لا يجوز له أن يوصي بأكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة .

م: (**وإن كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث. وقال زفر -رحمه الله- : ترث ؛ لأن المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز ، فكان إيقاعًا في المرض**) ش: أي فكان المعلق بالشرط

ولنا أن التعليق السابق يصير تطليقًا عند الشرط حكمًا لا قصدًا ، ولا ظلم إلا عن قصد ، فلا يرد تصرفه . وأما الوجه الثالث :وهو ما إذا علقه بفعل نفسه ، فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض أو كانا في المرض والفعل ، ومما له منه بد ، أو لا بد له منه ؛ فيصير فارًا لوجود قصد الإبطال ، إما بالتعليق أو بمباشرة الشرط في المرض ، وإن لم يكن له من فعل الشرط بد ، فله من التعليق ألف بد ، فيرد تصرفه دفعًا للضرر عنها . وأما الوجه الرابع وهو ما إذا علقه بفعلها ، فإن كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد ونحوه لم ترث ؛ لأنها راضية بذلك ، وإن كان الفعل لا بد لها منه كأكل الطعام وصلاة الظهر ،

إيقاعًا في المرض .

م: (**ولنا أن التعليق السابق يصير تطليقًا عند الشرط حكمًا لا قصدًا**) ش: يعني من حيث الحكم لا من حيث القصد ، يعني يسلم قول زفر يصير كالمنجز لكن حكمًا لا قصدًا ، ولهذا لو كان عاقلاً عند التعليق ومجنونًا عند الشرط يقع الطلاق . فلو كان التعليق تطليقًا عند وجود الشرط لما ارتفع لعدم القصد منه ، وكذا لو حلف بعد التعليق بأن لا يطلق ثم وجد الشرط لم يحنث ، فلو كان التعليق تطليقًا عند وجود الشرط ينبغي أن يحنث م: (**ولا ظلم إلا عن قصد ، فلا يرد تصرفه**) ش: لأنه علق ولم يتعلق حقها بماله ، فلم يوجد من جهته منع بعد وجود الشرط ، ولا يقدر على إبطال التعليق ولا على منع الأجنبي عن إيجاد الشرط .

م: (**وأما الوجه الثالث: وهو ما إذا علقه بفعل نفسه ، فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض، أو كانا**) ش: أي أو كان التعليق والشرط م: (**في المرض والفعل ، مما له منه بد**) ش: أي الفعل شيء للزوج من ذلك الشيء بد ، ككلام زيد مثلاً م: (**أو لا بد له منه**) ش: أي أو الفعل شيء لا بد للزوج منه ، كالأكل والصلاة ونحو ذلك م: (**فيصير فارًا لوجود قصد الإبطال ، إما بالتعليق أو بمباشرة الشرط في المرض ، وإن لم يكن له من فعل الشرط بد ، فله من التعليق ألف بد ، فيرد تصرفه دفعًا للضرر عنها**) ش: أي عن المرأة .

م: (**وأما الوجه الرابع: وهو ما إذا علقه بفعلها ، فإن كان التعليق والشرط في المرض والفعل**) ش: أي أو كان الفعل م: (**مما لها منه بد ككلام زيد ونحوه**) ش: مثل دخول الدار م: (**لم ترث ؛ لأنها راضية بذلك**) ش: أي بإسقاط حقها ، حيث باشرت الشرط م: (**وإن كان الفعل**) ش: مما ليس لها منه بد. وفي أكثر النسخ ، فإن كان الفعل م: (**لا بد لها منه كأكل الطعام وصلاة الظهر**) ش: قال الأترازي : تقييد صلاة الظهر اتفاقي لا احترازي ، لأن الحكم في سائر المكتوبات كذلك، وتخصيصها باعتبار أنها أسبق في الظهر ، بحيث الأولية ، لأنها أول صلاة فرضت، قلت: هذا الوجه ذكره السغناقي .

وكأم الأبوين ترث ؛ لأنها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا أو في العقبى ، ولا رضاء مع الاضطرار . وأما إذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض ، إن كان الفعل مما لها منه بد ، فلا إشكال أنه لا ميراث لها ، وإن كان مما لا بد لها منه ، فكذلك الجواب عند محمد -رحمه الله -، وهو قول زفر؛ لأنه لم يوجد من الزوج صنع بعد ما تعلق حقها بماله ، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله - ترث ، لأن الزوج ألجأها إلى المباشرة فينتقل الفعل إليه ، كأنها آلة له كما في الإكراه . قال : وإذا طلقها ثلاثًا وهو مريض ، ثم صح ، ثم مات لم ترث ، وقال زفر -رحمه الله-: ترث لأنه قصد الفرار حين أوقع الطلاق في المرض ، وقد مات وهي في العدة ، ولكنا نقول المرض إذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة ؛ لأنه ينعدم به مرض

م: (وكأم الأبوين ترث ؛ لأنها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا) ش: كالأكل ، فإن لم تأكل تخاف على نفسها الهلاك في الدنيا م: (أو في العقبى) ش: أي العقوبة في الآخرة م: (ولا رضاء مع الاضطرار، وأما إذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض ، إن كان الفعل مما لها منه بد فلا إشكال أنه) ش: أي أن الشأن م: (لا ميراث لها وإن كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد- رحمه الله -) ش: أي لا ميراث لها م: (وهو قول زفر) ش: أي قول محمد -رحمه الله - قول زفر أيضًا .

م: (لأنه لم يوجد من الزوج صنع بعد ما تعلق حقها بماله ، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف-رحمهما الله- ترث ، لأن الزوج ألجأها إلى المباشرة) ش: أي إلى جعل فعلها الذي لا بد لها منه علة لإسقاط حقها م: (فينتقل الفعل إليه) ش: أي كأن المرأة م: (آلة له كما في الإكراه) ش: يعني إذا أكره زيد عمرًا على إتلاف مال الغير فأتلفه عمرو يضمن زيد ، لأن المكره بفتح الراء صار كأنه آلة للمكره بكسر الراء ، فانتقل فعل المكره إلى المكره ، فكذا فيما نحن فيه ، فلما كانت المرأة مضطرة انتقل فعلها إلى الزوج ، فصار كأنه فعل الشرط في مرض موته فورثت لكونه فارًا .

م: (قال) ش: أي قال محمد في «الجامع الصغير » : وليس في كثير من النسخ لفظ قال : م: (وإذا طلقها ثلاثًا وهو مريض) ش: أي وإذا طلق الرجل امرأته ثلاث تطليقات ، والحال أنه مريض م: (ثم صح ، ثم مات لم ترث ، وقال زفر - رحمه الله - : ترث) ش: ولم يذكر في« الجامع الصغير» خلاف زفر ، وكذا لم يذكر في الأصل ، ولا ذكره الحاكم في مختصره ، وإنما ذكره شمس الأئمة السرخسي في « شرح المختصر» ، وبقول زفر قال الثوري والزهري والأوزاعي وأحمد وإسحاق ابن راهويه . ودليل زفر هو قوله م: (لأنه) ش: أي لأن الزوج م: (قصد الفرار حين أوقع الطلاق في المرض وقد مات) ش: والحال أنه قد مات م: (وهي في العدة) ش: ولا يعتبر البرء المتخلل ، فكأنه لم يبرأ بين الطلاق والموت م: (ولكنا نقول : المرض إذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة ، لأنه ينعدم به مرض

الموت ، فتبين أنه لا حق لها، يتعلق بماله ، فلا يصير الزوج فاراً . ولو طلقها فارتدت - والعياذ بالله تعالى - ، ثم أسلمت، ثم مات الزوج من مرضه ، وهي في العدة لم ترث ، وإن لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها في الجماع ورثت . ووجه الفرق بين المسألتين أنها بالردة أبطلت أهلية الإرث ، إذ المرتد لا يرث أحداً ، ولا بقاء له بدون الأهلية ، وبالمطاوعة ما أبطلت الأهلية ، لأن المحرمية لا تنافي الإرث وهو الباقي ، بخلاف ما إذا طاوعت في حال قيام النكاح ، لأنها تثبت الفرقة ، فتكون راضية ببطلان السبب ، وبعد الطلقات الثلاث لا تثبت الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها ،

الموت ، فتبين أنه لا حق لها ، يتعلق بماله ، فلا يصير الزوج فاراً) ش: قيل: هذا إذا كان به حمى ربع ، وصاحب فراش، فانقطعت وصح منها ، ثم مات بحمى غب أو غيرهما من الأمراض، أما لو صح من حمى الربع ثم عادت حمى ربع ، ومات يجعل الثاني عين الأول، ولا يحكم بزوالها ، فينبغي أن ترثه على هذا ، وفيه نظر ، لأنه لو حكم بزوالها لم يحكم لما بقي تعلق حقها بماله فلا يتحقق قصد الفرار .

م: **(ولو طلقها)** ش: أي ثلاثًا أو بائنًا م: **(فارتدت - والعياذ بالله تعالى- ثم أسلمت ، ثم مات الزوج من مرضه وهي في العدة)** ش: أي والحال أنها في العدة م: **(لم ترث)** ش: لأن الردة منافية للإرث م: **(وإن لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها في الجماع ورثت ، ووجه الفرق بين المسألتين أنها بالردة أبطلت أهلية الإرث، إذ المرتد لا يرث أحداً ولا بقاء له)** ش: أي للإرث م: **(بدون الأهلية ، وبالمطاوعة)** ش: أي بمطاوعة ابن زوجها م: **(ما أبطلت الأهلية ؛ لأن المحرمية لا تنافي الإرث وهو الباقي)** ش: أي الإرث هو الباقي .

م: **(بخلاف ما إذا طاوعت في حال قيام النكاح ؛ لأنها تثبت الفرقة ، فتكون راضية ببطلان السبب)** ش: أي سبب الإرث وهو النكاح م: **(وبعد الطلقات الثلاث لا تثبت الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها)** ش: أي لتقدم الطلقات على المطاوعة يعني أهلية الإرث لم تثبت بالمطاوعة فأمكن إبقاء النكاح في استحقاق الإرث في هذه الحالة كما كانت .

فإن قيل: ينبغي أن لا ترث لأنا تيقنا النكاح حكمًا في حق الإرث والنكاح الباقي حقيقة يبطل بالمحرمية ، فهذا أحق وصار كما إذا طاوعت ابن زوجها قبل الطلاق كالمسألة الأولى . أجيب : بأن الردة تنافي نفس الحق وهو الإرث كما أن المرتد لا يرث أحداً، فلم يتصور بقاء النكاح بدون الأهل ، فأما المحرمية فإنها يبطل بها الإرث بسبب بطلان النكاح مضافًا إليها ، ولم يوجد، لأن النكاح قد يبطل بالثلاث ، وإنما بقي في حق الإرث خاصة ، وبالمطاوعة في حال قيام النكاح تقع الفرقة مضافًا إليها فلا يجب إبقاء النكاح في حق الاستحقاق نظرًا لها مع رضاها ببطلان السبب ، كذا في «الكافي» .

فافترقا ؛ ومن قذف امرأته وهو صحيح ، لاعن في المرض ورثت . وقال محمد -رحمه الله -: لا ترث ، وإن كان القذف في المرض ورثته- وفي قولهم جميعًا - ، وهذا ملحق بالتعليق بالفعل لا بد لها منه ، إذ هي ملجئة إلى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها ، وقد بينا الوجه فيه. وإن آلى من امرأته وهو صحيح ثم بانت بالإيلاء وهو مريض لم ترث ، وإن كان الإيلاء أيضًا في المرض ورثت ؛ لأن الإيلاء في معنى تعليق الطلاق بمضي أربعة أشهر خالية عن الوقاع ، فيكون ملحقًا بالتعليق بمجيء الوقت ، وقد ذكرنا وجهه .

م: (فافترقا) ش: وارتداد المرأة بعد للإبانة ، حيث لم ترث في الأولى، وورثت في الثانية .

م: (ومن قذف امرأته وهو صحيح) ش: أي والحال أنه في الصحة م: (ولاعن في المرض ورثت) ش: منه م: (وقال محمد - رحمه الله - : لا ترث) ش: وبه قال زفر لعدم الفرار لأن سبب الفرقة قذف الرجل ولم يكن قذفه في زمان تعلق حقها بماله م: (وإن كان القذف في المرض ورثته - في قولهم جميعًا - ، وهذا) ش: أي هذا الحكم م: (ملحق بالتعليق بالفعل الذي لا بد لها منه ، إذ هي ملجئة إلى الخصومة) ش: يعني مضطرة إليها م: (لدفع عار الزنا عن نفسها) ش: فلم تكن راضية ببطلان حقها، فجعل الزوج مطلقًا في المرض حكمًا باعتبار الشرط ، فكان لها الميراث لوجود الفرار منه بالطلاق في المرض م: (وقد بينا الوجه فيه) ش: أي بينا وجه هذه المسألة في التعليق بفعل لا بد لها منه عند قوله : وإن كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد . . . إلى آخره .

م: (وإن آلى من امرأته وهو صحيح) ش: أي وإن آلى رجل من امرأته والحال أنه صحيح م: (ثم بانت بالإيلاء) ش: يعني تمت الأربعة الأشهر م: (وهو مريض) ش: أي والحال أنه مريض م: (لم ترث) ش: لأن البينونة مضافة إلى إيلاء الزوج وقد وقع ذلك في حال الصحة ، ولم يوجد من الزوج في المرض شيء آخر من مباشرة علة أو شرط ، فلا يكون فارًا ، وهو فرع التعليق بمجيء الوقت .

م: (وإن كان الإيلاء أيضًا في المرض ورثت ، لأن الإيلاء في معنى تعليق الطلاق بمضي أربعة أشهر خالية عن الوقاع ، فيكون ملحقًا بالتعليق بمجيء الوقت) ش: فإن قيل : لا نسلم أن الإيلاء نظير تعليق الطلاق بمجيء الوقت إن كان الإيلاء في الصحة لما أنه ممكن من إبطال الإيلاء بالنفي، وإذا لم يبطل في حالة المرض صار كأنه إنشاء الإيلاء في المرض وهناك ترث، فكذلك هنا . فكان نظير من وكل وكيلاً بالطلاق في صحته ، فطلقها الموكل في المرض، فكان فارًا لتمكنه من العزل، فإذا لم يعزل يجعل كأنه ألجأه ، فكذلك ها هنا . أجيب : بأن الفرق بينهما ثابت وهو أنه لا يمكنه إبطال الإيلاء إلا بضرر يلزمه ، فلم يكن ممكنًا مطلقًا ، بخلاف مسألة الوكالة م: (وقد ذكرنا وجهه) ش: أي وجه التعليق بمجيء الوقت .

قال -رضي الله تعالى عنه- : والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه لما بينا أنه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطء ، فكان السبب قائمًا . قال : وكل ما ذكرنا أنها ترث إنما ترث إذا مات وهي في العدة ، وقد بيناه، والله تعالى أعلم بالصواب

م: (قال) ش: أي قال المصنف - رحمه الله - : م: (**والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه**) ش: أي في جميع الصور ، سواء نجز أو علق بالوجوه الأربعة المذكورة في التعليق م: (**لما بينا**) ش: فيما مضى م: (**أنه**) ش: أي أن الطلاق الرجعي م: (**لا يزيل النكاح حتى يحل الوطء ، فكان السبب**) ش: أي سبب الإرث م: (**قائمًا**) ش: وهو النكاح حكمًا م: (**وكل ما ذكرنا أنها ترث إنما ترث إذا مات**) ش: أي الزوج م: (**وهي في العدة**) ش: أي والحال أنها في العدة م: (**وقد بيناه**) ش: في أول الباب بقوله : **وإذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقًا بائنًا فمات وهي في العدة ورثته** ، وإن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها .

* * *

باب الرجعة

وإذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية أو تطليقتين ، فله أن يراجعها في عدتها ، رضيت بذلك أو لم ترض ، لقوله تعالى :﴿فأمسكوهن بمعروف﴾ (البقرة :الآية٢٣١) من غير فصل . ولا بد من قيام العدة ؛ لأن الرجعة استدامة الملك ألا ترى أنه سمي امساكًا

م: (**باب الرجعة**)

ش: أي هذا باب في بيان حكم الرجعة . ولما كانت الرجعة متأخرة عن الطلاق طبعًا أخره وضعًا، ليناسب الوضع الطبع من قولهم : رجع يرجع رجعًا ورجوعًا ورجعته إلى أهله، أي ردته إليهم. ويقال : إلى الله مرجعك ورجوعك ورجعاك، وربما قالوا : رجعناك ، وطلق فلان امرأته بملك الرجعة والرجعة قاله ابن دريد .

قلت: يعني بفتح الراء وكسرها ، والفتح أفصح ، وفي المنافع : رجع يستعمل لازمًا ومتعديًا ، فالرجوع مصدر اللازم ، كالقعود والجلوس والدخول، فمن اللازم قوله تعالى : ﴿**لئن رجعنا إلى المدينة**﴾ (المنافقون: الآية٨) ، ﴿**فلما رجعوا إلى أبيهم**﴾ (يوسف : الآية ٦٣) ، ﴿**وإنا إليه راجعون**﴾ (البقرة : الآية ١٥٦) ، ومن المتعدي قوله تعالى : ﴿ **فإن رجعك الله إلى طائفة منهم** ﴾ (التوبة : الآية ٨٣) ﴿**ثم ارجع البصر**﴾ (الملك : الآية ٤) .

والرجع مصدر المتعدي، وهي في الشريعة استدامة ملك النكاح ، ولها شرائط، أحدها : تقديم صريح لفظ الطلاق وبعض ألفاظ الكناية كما تقدم . والثانية : أن لا يكون بمقابلة مال. والثالثة : أن لا يستوفي الثلاثة من الطلاق. والرابعة : أن لا تكون المرأة مدخولاً بها. والخامسة : أن تكون العدة قائمة، ولا خلاف لمشروعيتها لأحد لثبوتها بالكتاب والسنة والإجماع.

م: (**وإذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية أو تطلقيتين فله أن يراجعها في عدتها ، رضيت بذلك أو لم ترض**) ش: وهذا بإجماع أهل العلم م: (**لقوله تعالى ﴿فأمسكوهن بمعروف﴾**) ش: م: (**البقرة: الآية٢٣١**) ش: الإمساك هو الإبقاء ، وقوله تعالى : ﴿ **فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف**﴾ يعني إذا بلغن منتهى عدتهن ، فأنتم بالخيار إن شئتم فالرجعة والإمساك من غير ضرار ، وإن شئتم فالمفارقة من غير ضرار، وروى أبو داود عن عمر-رضي الله تعالى عنه - أن النبي ﷺ طلق حفصة -رضي الله عنها- ثم راجعها . وفي حديث ابن عمر أنه ﷺ قال له : «**مر ابنك فليراجعها...**» الحديث متفق عليه م: (**من غير فصل**) ش: يعني أن إطلاق النص لم يفصل بين رضا المرأة وعدمه ، بل أثبت الرجعة مطلقًا.

م: (**ولابد من قيام العدة ؛ لأن الرجعة استدامة الملك**) ش: ولا ملك بعد انقضاء العدة م: (**ألا ترى أنه سمي إمساكًا**) ش: توضيح لما قبله، بيانه إن شاء الله تعالى سمى الرجعة إمساكًا، وذلك بإجماع

وهو الإبقاء ، وإنما تتحقق الاستدامة في العدة ؛ لأنه لا ملك بعد انقضائها . والرجعة أن يقول راجعتك أو راجعت امرأتي ، وهذا صريح في الرجعة ، ولا خلاف فيه بين الأئمة .قال : أو يطأها، أو يقبلها، أو يلمسها بشهوة ،أو ينظر إلى فرجها بشهوة ، وهذا عندنا . وقال الشافعي - رحمه الله - :لا تصح الرجعة إلا بالقول مع القدرة عليه ،

أهل التفسير م: (**وهو الإبقاء**) ش: أي الإمساك م: (**وإنما تتحقق الاستدامة في العدة، لأنه لا ملك بعد انقضائها**) ش: فإذا انقضت العدة لم يبق محل الإمساك والطلاق الرجعي في الحال سبب لزوال الملك عند انقضاء العدة ، والزوال محل حل المحلية عند استيفاء عدد الطلاق .

م: (**والرجعة أن يقول**) ش: أي كيفية الرجعة أن يقول للذي طلقها طلقة أو تطليقتين م: (**لامرأته: راجعتك**) ش: بالخطاب لها م: (**أو راجعت امرأتي**) ش: أي أو يقول : راجعت امرأتي بالغيبة م: (**وهذا صريح في الرجعة ، ولا خلاف فيه**) ش: أي في هذا يعني بالقول م: (**بين الأئمة**) ش: أراد أن الرجعة بالقول تصح بالإجماع . وفي « المحيط »: وكذا إذا قال : ارتجعتك أو رجعتك أو رددتك أو مسكتك ، وهذه الألفاظ صريحة في الرجعة غير مفتقرة إلى النية . ومن الكنايات في الرجعة : أنت عندي كما كنت، أو قال : أنت امرأتي ونوى به الرجعة صار مراجعًا، ذكره في «الذخيرة» .

وفي « الحاوي »: عزاه إلى أحمد بن مقاتل الرازي قاضي قضاة بغداد، وفي «الروضة» : في حصول الرجعة براجعتك بلانية قولان لمالك ، كنكاح الهازل، واختلفوا في الإمساك والنكاح والتزوج . وفي « الذخيرة »: لو قال راجعتك بمهر ألف درهم وقبلت صحت، وإلا فلا، لأنها زيادة في المهر، ويشترط قبولها . وفي «المرغيناني» و «الحاوي »: راجعتك على ألف، قال أبو بكر : لا يجب الألف ولا يصير زيادة في المهر، كما في « الإقالة » .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله تعالى - : م: (**أو يطأها**) ش: أي أو يطأ التي طلقها م: (**أو يقبلها، أو يلمسها بشهوة ،أو ينظر إلى فرجها بشهوة**) ش: وفي « المبسوط » « والذخيرة » والتقبيل بشهوة والنظر إلى داخل فرجها بشهوة رجعة ، ولم يقيد الشهوة في التقبيل في الكتاب . وفي البدائع : وهو قول محمد المرجوع إليه . وأما النظر إلى موضع الجماع من دبرها فليس برجعة ، واختلفوا في الدبر؛ قيل ليس برجعة ؛ إليه أشار القدوري، والفتوى على أنه رجعة . م: (**وهذا عندنا**) ش: أي كون الرجعة بالوطء أو بالمس بالشهوة أو بالنظر إلى فرجها بالشهوة عند أصحابنا الحنفية ، وهو قول سعيد بن المسيب والحسن البصري ومحمد بن سيرين وطاووس وعطاء بن أبي رباح والأوزاعي والثوري وابن أبي ليلى وجابر والشعبي وسليمان التيمي . وقال مالك وإسحاق: إن أراد به الرجعة فهو رجعة .

م: (**وقال الشافعي : لا تصح الرجعة إلا بالقول مع القدرة عليه**) ش: أي على القول بأن لم يكن

لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح عنده حتى يحرم وطؤها ، وعندنا هي استدامة النكاح على ما بيناه، وسنقرره إن شاء الله تعالى . والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في إسقاط الخيار والدلالة فعل يختص بالنكاح ، وهذه الأفاعيل تختص به ، خصوصًا في حق الحرة ، بخلاف النظر والمس بغير شهوة ، فإنه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب وغيرهما، والنظر إلى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة ، فلوكان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها .

أخرس أو معتقل اللسان ، أما إذا كان كذلك فيصح بالإشارة ، وبه قال أبو ثور والظاهرية ، وقول أحمد مضطرب . وفي « الحلية» : هو رجعة كقولنا م: **(لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح عنده)** ش: أي عند الشافعي م: **(حتى يحرم وطؤها)** ش: أي عنده م: **(وعندنا هي)** ش: أي الرجعة . وفي بعض النسخ : هو على تأويل الرجوع ، وتذكير المؤنث على التأويل سائغ ، كما في قوله : ولا أرض أثقل أثقالها ، أي ولا مكان م: **(استدامة النكاح على ما بيناه)** ش: أي قوله ألا ترى أنه سمي إمساكًا م: **(وسنقرره إن شاء الله تعالى)** ش: أي في آخر هذا الباب عند قوله : والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء م: **(والفعل)** ش: نحو اللمس .

م: **(قد يقع دلالة على الاستدامة كما في إسقاط الخيار)** ش: فإن باعه على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ثم وطئها في مدة الخيار يكون وطؤها دليلاً على استدامة الملك ، فيسقط الخيار ، فكذلك في الطلاق الرجعي يدل الوطء على استدامة النكاح ، بل أولى ، لأن هناك يحتاج إلى فسخ السبب المزيل وهو البيع ، وهنا لا يحتاج إلى فسخ السبب المزيل، وهو الطلاق ، لأنه لا يقبل الفسخ . م: **(والدلالة فعل يختص بالنكاح)** ش: أي الدلالة تتحقق بفعل مخصوص بالنكاح لا بكل فعل م: **(وهذه الأفاعيل)** ش: أي النظر إلى الفرج الداخل بشهوة والمس بشهوة والتقبيل بشهوة م: **(تختص به)** ش: أي بالنكاح فيقع دلالة م: **(خصوصًا في حق الحرة)** ش: قيد بالحرة احترازًا عن الأمة ، لأن الحرة لا تحل هذه الأفاعيل بلا ثبوت نكاح ، فكانت مختصة بالنكاح ، فدلت على استدامة ملك النكاح ، بخلاف الأمة ، فإن هذه الأفاعيل تحل فيها بملك المتعة ، وملك اليمين أيضًا .

م: **(بخلاف النظر والمس بغير شهوة ، فإنه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب وغيرهما)** ش: مثل الختانة والشاهد في الزنا إذا احتاج إلى تحمل الشهادة م: **(والنظر إلى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة ، فلو كان)** ش: أي لو كانت هذه الأفاعيل من غير شهوة م: **(رجعة لطلقها)** ش: لأنه لا يريدها لتخلف الواقع م: **(فتطول العدة عليها)** ش: وفيه ضرر بالمرأة ، فلا يجوز لقوله تعالى : ﴿**فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارًا لتعتدوا**﴾ (البقرة : الآية ٢٣١) .

فإن قلت: قد ذكر هنا تقبيل الرجل ومسه إياها بشهوة ونظره إلى فرجها بشهوة ، **فإن قبلته**

قال ويستحب أن يشهد على الرجعة شاهدين ، فإن لم يشهد صحت الرجعة . وقال الشافعي -رحمه الله -في أحد قوليه: لاتصح ، وهو قول مالك -رحمه الله - لقوله تعالى ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ (الطلاق: الآية ٢) ، والأمر للإيجاب . ولنا أن الطلاق المنصوص عربي عن قيد الأشهاد ؛

المرأة بشهوة أو لمسته أو نظرت إلى فرجه بشهوة كيف يكون حكمه؟ .

قلت: قال شمس الأئمة في« المبسوط » : تثبت الرجعة عندهما ، ولا تثبت عند أبي يوسف ، لأن هذا الفعل من الزوج دليل استبقاء الملك ، وليس لها ولاية استبقاء الملك ، ولا يكون فعلها به رجعة ، وهما يقولان فعلها به كفعله بها ، فإن الحل مشترك بينهما ، ولهذا تثبت المصاهرة بفعلها بهذه الأشياء ، فكذلك الرجعة .

م: **(قال)** ش: أي القدوري - رحمه الله تعالى- : م: **(ويستحب أن يشهد على الرجعة شاهدين)** ش: صورة الإشهاد أن يقول لاثنين من المسلمين اشهدوا أني قد راجعت امرأتي . وفي «المبسوط» استحباب الإشهاد على الرجعة قول ابن مسعود - رضي الله عنه- وعمار م: **(فإن لم يشهد صحت الرجعة)** ش: وبه قال مالك .

م: **(وقال الشافعي في أحد قوليه: لا تصح)** ش: أي لا تصح الرجعة بلا إشهاد ، وهو قوله القديم، وقوله الجديد: أن الإشهاد مستحب فيها كقولنا ، ذكره في «المبسوط»، وفي «الروضة» الإشهاد ليس بشرط على الأظهر .

وفي « المحيط » : الإشهاد لازم عند الشافعي، ولا يصح بمهر عنده .

وفي « المبسوط » : وفي أحد قولي الشافعي الإشهاد واجب، وعن أحمد روايتان في الإشهاد، وذكرهما في « المغني » ولا يفتقر إلى ولي لا مهر ولا رضاها، وهو إجماع .

وقال ابن حزم : الإشهاد عند الرجعة شرط، وإذا رجع ولم يشهد أو أشهد ولم يعلمها حتى انقضت عدتها بانت منه .

وفي « الأشراف »: لم يختلف أهل العلم أن الإشهاد فيه سنة ، وأن الرجعة إلى الرجل ما دامت في عدتها وإن كرهت ، وذلك بغير مهر ولا عوض.

م: **(وهو قول مالك)** ش: أي قول الشافعي ، وهو قول مالك ، وقد ذكرنا أن قول مالك كقولنا م: **(لقوله تعالى ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم ﴾ (الطلاق: الآية٢) والأمر للإيجاب)** ش: في الحقيقة الاستدلال بهذه الآية للظاهرية ومن تابعهم ، لأن مذهب الشافعي في الأظهر وأحمد ومالك كقولنا إلا في رواية عن أحمد كقولهم .

م: **(ولنا أن الطلاق المنصوص عري عن قيد الإشهاد)** ش: المنصوص في قوله تعالى **﴿وبعولتهن**

ولأنه استدامة للنكاح والشهادة ليست بشرط فيه في حالة البقاء ، كما في الفيء في الإيلاء ، إلا أنها تستحب لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر فيها ، وما تلاه محمول عليه ، ألا ترى أنه قرنها بالمفارقة ، وهو فيها مستحب ، ويستحب أن يعلمها كيلا تقع في المعصية .

أحق بردهن﴾ (البقرة : الآية ٢٢٨) ، وقوله تعالى : ﴿**فإمساك بمعروف**﴾ (البقرة : الاية ٢٢٩) .

وقوله - عليه السلام- : مر ابنك فليراجعها ، قاله - عليه السلام- لعمر بن الخطاب-رضي الله تعالى عنه- حين طلق ابنه عبد الله امرأته وكل هذا عارية عن قيد الإشهاد .

وفي « الكافي » وفي اشتراط الإشهاد زيادة على النص المطلق ، وهي فسخ فلا يجوز .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن الرجعة ذكر الضمير باعتبار الرجوع م: (**استدامة للنكاح**) ش: أي طلب الدوام للنكاح م: (**والشهادة ليست بشرط فيه**) ش: أي في النكاح م: (**في حالة البقاء**) ش: أي بقاء النكاح م: (**كما في الفيء في الإيلاء**) ش: حيث يصح بلا إشهاد م: (**إلا أنها**) ش: أي إلا أن الشهادة م: (**تستحب لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر فيها**) ش: أي في الرجعة م: (**وما تلاه**) ش: الشافعي وهو قوله تعالى: ﴿ **وأشهدوا ذوي عدل منكم** ﴾ (الطلاق : الآية ٢) م: (**محمول عليه**) ش: أي على الاستحباب .

م: (**ألا ترى**) ش: توضيح لما قبله م: (**أنه**) ش: أي أن الله تعالى م: (**قرنها**) ش: أي قرن الرجعة م: (**بالمفارقة**) ش: حيث قال الله تعالى: ﴿ **أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا**﴾ (البقرة : الآية ٢٣١) ، اعترض بأن القران في التكلم لا يوجب القران في الحكم ، كما في قوله تعالى : ﴿ **أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة**﴾ (البقرة : الآية ٤٣) .

وأجيب : بأن ذلك فيما إذا حكم على إحدى الجملتين المتقاربتين بحكم الجملة الأخرى ، وما نحن فيه ليس كذلك بل فيه كل من الجملتين مستقل بحكمها ، وإنما يعقبا جملة أخرى تعلقت بهما أو إحداهما ، فتقتضي تعلقها بها من حيث الاستحباب ، فكذلك الأخرى لئلا يلزم استعمال اللفظ في معنيين مختلفين م: (**وهو فيها مستحب**) ش: أي الإشهاد يستحب في الرجعة ، وهو من وجه تكرار ، لأنه علم مما قبله .

م: (**ويستحب أن يعلمها**) ش: أي يعلم المرأة بالرجعة م: (**كيلا تقع في المعصية**) ش: وذلك أن المرأة إذا لم تعلم بالرجعة ربما تتزوج على زعمها أن زوجها لم يراجعها ، وقد انقضت عدتها ويطأها الزوج ، فكانت عاصية وزوجها يكون مسيئًا بترك الإعلام ، ولكن مع هذا لو لم يعلمها صحت الرجعة ، لأنها استدامة القائم ، وليست بإنشاء ، فكان الزوج متصرفًا في خالص حقه ، وتصرف الإنسان في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير للغير ، قال : فإن قيل : كيف تكون

وإذا انقضت العدة فقال كنت راجعتك في العدة فصدقته فهي رجعة ، وإن كذبته فالقول قولها ، لأنه أخبر عما لا يملك انشاءه في الحال ، فكان متهمًا إلا أن بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند أبي حنيفة -رحمه الله -وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة ، وقد مر في كتاب النكاح . وإذا قال الزوج قد راجعتك في العدة فقالت مجيبة له : قد انقضت عدتي ، لم تصح الرجعة عند أبي حنيفة -رحمه الله - وقالا : تصح لأنها صادفت العدة ، إذ هي باقية ظاهرًا إلى أن تخبر وقد سبقته الرجعة ،

عاصية بغير علم؟

أجيب : بأنها إذا تزوجت بغير سؤال وقعت في المعصية ، لأن التقصير جاء من جهتها .

م: (**وإذا انقضت العدة**) ش: أي عدة المرأة المطلقة بالطلاق الرجعي م: (**فقال**) ش: أي الزوج : م: (**كنت راجعتك في العدة فصدقته**) ش: أي فصدقت المرأة زوجها في ذلك م: (**فهي رجعة**) ش: أي مقالة الزوج بذلك ، وتصديق المرأة إياه تكون رجعة لظهورها بتصادقها م: (**وإن كذبته فالقول قولها، لأنه**) ش: أي لأن الزوج م: (**أخبر عما لا يملك إنشاءه في الحال**) ش: لأن العدة منقضية م: (**فكان متهمًا**) ش: في دعوى الرجعة م: (**إلا أن بالتصديق**) ش: أي بتصديق المرأة إياه م: (**ترتفع التهمة**) ش: وهذا كالوكيل إذا قال بعد العزل : قد كنت بعت حيث لا يقبل قوله ، بل يكون القول قول الموكل إلا إذا صدقه الموكل ، بخلاف ما إذا قال في العدة قد كنت راجعتك أمس فأنكرت المرأة حيث يكون القول قوله ، لأنه أخبر بما يملك إنشاءه في الحال ، فإذا لم تثبت الرجعة في الأمس يصير كأنه راجعها في الحال .

م: (**ولا يمين عليها عند أبي حنيفة -رحمه الله - وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح**) ش: لم يبين هذه المسألة في كتاب النكاح ، بل قال في مسألة دعوى السكوت على البكر ، فلا يمين عليها عن أبي حنيفة ، وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة ، ثم قال : وسيأتيك في الدعوى ، ومثل هذا لا يقال مر لأنه لم يكن ثمة للرجعة أثر .

م: (**وإذا قال الزوج : قد راجعتك في العدة، فقالت مجيبة له:**) ش: أي للزوج م: (**قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند أبي حنيفة -رحمه الله-**) ش: هذا إذا قالت متصلاً بكلام الزوج حتى لو سكتت ساعة ثم قالت : انقضت عدتي ، وقال الزوج مجيبًا لها موصولاً : راجعتك لا تصح الرجعة بالاتفاق ، ذكره في « شرح الطحاوي » ، وبقول أبي حنيفة قال الشافعي وأحمد.

م: (**وقالا : تصح الرجعة لأنها صادفت العدة**) ش: أي زمان العدة م: (**إذ هي باقية ظاهرًا إلى أن تخبر**) ش: أي المرأة عملاً باستصحاب الحال ، والرجعة في العدة صحيحة م: (**وقد سبقته الرجعة**)

ولهذا لو قال لها: طلقتك ، فقالت مجيبة له :قد انقضت عدتي يقع الطلاق ، ولأبي حنيفة - رحمه الله -أنها صادفت حالة الانقضاء ؛ لأنها أمينة في الإخبار عن الانقضاء ، فإذا أخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء ، وأقرب أحواله حال قول الزوج . ومسألة الطلاق على الخلاف ، ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع بإقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به .وإذا قال زوج الأمة بعد انقضاء عدتها : قد كنت راجعتها في العدة وصدقه المولى وكذبته الأمة ؛ فالقول قولها عند أبي حنيفة -رحمه الله - .

ش: أي وقد سبقت أخبارها الرجعة بانقضاء العدة ، فصحت الرجعة وسقطت العدة .

م: (ولهذا) ش: أي ولأجل سبق إخبارها م: (**لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق**) ش: لسبق إخبارها ، وقيل مثله الطلاق على الخلاف ، والأصح أنه يقع لإقرار الزوج بالوقوع ، كما لو قال بعد انقضاء العدة كنت طلقتها في العدة ، كان مصدقًا بخلاف الرجعة . وفي « الروضة » : لو اتفقا على انقضاء العدة ، واختلفا في الرجعة ، والصحيح أن القول لها ، وعليه الجمهور ، ولو اتفقا على الرجعة يوم الجمعة ، وقالت : انقضت عدتي يوم الخميس ، وقال الزوج : يوم السبت قيل يصدق بيمينه أم هي أم السابق بالدعوى فيه ثلاثة أوجه : الصحيح الأول . ولو كانت العدة باقية فالصحيح أن القول قوله ، لأنه يملك الإنشاء فلا تهمة في الإخبار ، وقيل : القول قولها .

م: (**ولأبي حنيفة - رحمه الله - أنها**) ش: أي الرجعة م: (**صادفت حالة الانقضاء**) ش: أي صادفت زمان انقضاء العدة ، فلا تصح الرجعة زمان الانقضاء م: (**لأنها**) ش: أي لأن المرأة م: (**أمينة في الإخبار عن الانقضاء**) ش: أي أمينة في الإخبار عما في أرحامهن ، قال الله تعالى : ﴿ **ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن** ﴾ (البقرة : الآية ٢٢٨) م: (**فإذا أخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء، وأقرب أحواله**) ش: أي أقرب أحوال الانقضاء م: (**حال قول الزوج**) ش: لأن الإخبار يقتضي سبق المخبر عنه ، ولا دليل على مقدار معين ، فيعتبر حال قول الزوج ، بخلاف ما إذا سكتت ساعة ، فإن أقرب أحوال الانقضاء حال السكوت .

م: (**ومسألة الطلاق على الخلاف**) ش: هذا منع لاستشهادهما بما لو قال لها : طلقتك ، فقالت مجيبة له : قد انقضت عدتي ، يقع الطلاق، يعني : لا نسلم أن مسألة الطلاق على الخلاف ثم أشار إلى الجواب بطريق التسليم بقوله م: (**ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع بإقراره بعد الانقضاء**) ش: أي بعد انقضاء العدة إن طلقها في العدة م: (**والمراجعة لا تثبت به**) ش: أي أو بالإقرار بعد الانقضاء ، فإن فيه تهمة ، لأنه تصرف على حق الغير .

م: (**وإذا قال زوج الأمة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها في العدة وصدقه المولى وكذبته الأمة ، فالقول قولها**) ش: أي قول الأمة م: (**عند أبي حنيفة -رحمه الله-**) ش: وبه قال زفر والشافعي ومالك

وقالا: القول قول المولى ؛ لأن بضعها مملوك له ، فقد أقر بما هو خالص حقه للزوج ، فشابه الإقرار عليها بالنكاح ، وهو يقول حكم الرجعة يبتني على العدة ، والقول في العدة قولها، فكذا فيما يبتني عليها ، ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى ، وكذا عنده في الصحيح؛ لأنها منقضية العدة في الحال ، وقد ظهر ملك المتعة للمولى ، فلا يقبل قولها في إبطاله ، بخلاف الوجه الأول ؛لأن المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها ، ولا يظهر ملكه مع العدة . وإن قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض عدتك فالقول قولها ؛لأنها أمينة في ذلك ، إذ هي العالمة به. وإذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة أيام انقطعت الرجعة ، وإن لم تغتسل

وأحمد وأبو ثور .

م: (**وقالا: القول قول المولى؛ لأن بضعها مملوك له**) ش: أي للمولى م: (**فقد أقر بما هو خالص حقه للزوج**) ش: فلا مرد له م: (**فشابه الإقرار عليها بالنكاح**) ش: أي شابه إقرار المولى على الأمة بالنكاح بأن قال : زوجت أمتي من فلان حيث يكون القول قوله م: (**وهو يقول**) ش: أي أبو حنيفة م: (**حكم الرجعة يبتني على العدة**) ش: إبقاء وانقضاء م: (**والقول في العدة قولها**) ش: دون قول المولى م: (**فكذا فيما يبتني عليها**) ش: أي على العدة ولم يذكر الجواب عن الإقرار بالتزويج لظهوره .

م: (**ولو كان على القلب**) ش: أي لو كان الأمر أو الخلاف على القلب بأن صدقته الأمة وكذبه المولى م: (**فعندهما**) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد م: (**القول قول المولى ، وكذا عنده**) ش: أي وكذلك القول قول المولى عند أبي حنيفة م: (**في الصحيح**) ش: من الرواية عنه م: (**لأنها منقضية العدة في الحال ، وقد ظهر ملك المتعة للمولى**) ش: لأن منافع بضعها في الحال خالص حق المولى م: (**فلا يقبل قولها في إبطاله**) ش: أي في إبطال حق المولى م: (**بخلاف الوجه الأول**) ش: وهو الوجه الذي فيه صدق المولى الزوج وكذبته الأمة حيث يكون القول فيه قولها .

م: (**لأن المولى بالتصديق في الرجعة**) ش: أي بتصديقه الزوج في الرجعة م: (**مقر بقيام العدة عندها**) ش: أي عند الرجعة م: (**ولا يظهر ملكه**) ش: أي ملك المولى م: (**مع العدة**) ش: فلا يعتبر قوله م: (**وإن قالت**) ش: أي الأمة م: (**قد انقضت عدتي ، وقال الزوج والمولى**: لم تنقض عدتك ، **فالقول قولها ، لأنها أمينة في ذلك**) ش: أي في قولها قد انقضت عدتي م: (**إذ هي العالمة به**) ش: أي لأن الأمة هي العالمة بالانقضاء ، وهو تعليل لكونها أمينة ، فيقبل قولها : انقضت عدتي .

م: (**وإذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة أيام انقطعت الرجعة ،وإن لم تغتسل**) ش: لأن انقطاع الرجعة تعلق بانقضاء العدة ، وهو تعلق بالخروج عن الحيضة الثالثة ، وهو تعلق بشرط حصول الطهارة ، فإن كان أيام حيضها عشرًا تحصل الطهارة بمجرد الانقطاع ، لأن الحيض لا يحتمل الزيادة على العشرة ، فلما حصلت الزيادة انقطعت الرجعة ، وإن لم تغتسل . وقال أبو بكر

وإن انقطع لأقل من عشرة أيام لم تنقطع الرجعة حتى تغتسل أو يمضي عليها وقت صلاة كامل ؛ لأن الحيض لا مزيد له على العشرة ، فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعة ، وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم ، فلا بد أن يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال أو بلزوم حكم من أحكام الطاهرات بمضي وقت الصلاة ، بخلاف ما إذا كانت كتابية ، لأنه لا يتوقع في حقها أمارة زائدة فاكتفي بالانقطاع ، وتنقطع الرجعة إذا تيممت وصلت، عند أبي حنيفة وأبي يوسف-رحمهما الله -وهذا استحسان .

الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي في باب العدة : وقد روي عن عمر وعلي وعبد الله وآخرين من الصحابة -رضي الله عنهم- ثم اعتبار الغسل من الحيضة الثالثة .

م: **(وإن انقطع)** ش: أي الحيض م: **(لأقل من عشرة أيام لم تنقطع)** ش: أي الرجعة م: **(حتى تغتسل أو يمضي عليها وقت صلاة كامل)** ش: بالرفع ، لأنه صفة الوقت . وفي « الينابيع » : أو يمضي عليها وقت أقرب الصلاة مع القدرة على الاغتسال م: **(لأن الحيض لا مزيد له على العشرة)** ش: هذا تعليل لانقطاع الدم من الحيضة لعشرة أيام ، أي لأن الحيض لا يزيد على عشرة أيام، لأن ما زاد على العشرة استحاضة ، إلا إذا كان لها عادة تزيد على أيام عادتها ، فيجوز أن تنقضي عدتها على العشرة إذا لم ينقطع على العشرة .

م: **(فبمجرد الانقطاع)** ش: أي بمجرد انقطاع الحيض لعشرة أيام م: **(خرجت من الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعة)** ش: لأنها تنقضي بخروجها من الحيضة الثالثة وانقطعت الرجعة لعدم بقاء المحلية م: **(وفيما دون العشرة)** ش: أي انقطاع الحيض فيما دون العشرة أيام م: **(يحتمل عود الدم)** ش: لأنه في مدة الحيض م: **(فلا بد أن يعتضد الانقطاع)** ش: أي يبرأ م: **(بحقيقة الاغتسال أو بلزوم حكم من أحكام الطاهرات)** ش: وهو وجوب الصلاة م: **(بمضي وقت الصلاة)** ش: يعني أن الوقت إذا مضى صارت الصلاة فرضًا في زمنها ، وهو من أحكام الطاهرات مع القدرة على الاغتسال ، وفيه خلاف زفر .

م: **(بخلاف ما إذا كانت)** ش: أي المرأة م: **(كتابية)** ش: نصرانية أو يهودية م: **(لأنه)** ش: أي لأن الشأن م: **(لا يتوقع في حقها)** ش: من التوقع عبارة عن انتظار وقوع أمر عن م: **(أمارة زائدة)** ش: بفتح الهمزة ، أي أمارة زائدة على انقطاع حقها عند تمام مدة حيضها م: **(فاكتفي بالانقطاع)** ش: أي بمجرد الانقطاع ، لأنها لا تتكلف بالاغتسال ولا تجب عليها الصلاة م: **(وتنقطع الرجعة إذا تيممت وصلت)** ش: يعني إذا انقطع دم المعتدة لأقل من عشرة أيام ، فتيممت وصلت مكتوبة أو تطوعًا م: **(عند أبي حنيفة - رحمه الله - وأبي يوسف - رحمه الله- وهذا استحسان)** ش: أي قولهما : استحسان يعني الانقطاع لا يكون إلا بالتيمم والصلاة أيضًا .

وقال محمد- رحمه الله- إذا تيممت انقطعت ، وهذا قياس؛ لأن التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الأحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته . ولهما أنه ملوث غير مطهر ، وإنما اعتبر طهارة ضرورة لا تتضاعف الواجبات ، وهذه الضرورة تتحقق حال أداء الصلاة لا فيما قبلها من الأوقات والأحكام الثابتة أيضًا ضرورية اقتضائية ، ثم قيل تنقطع بنفس الشروع عندهما، وقيل :بعد الفراغ ، ليتقرر حكم جواز الصلاة : وإذا اغتسلت ونسيت شيئًا من بدنها لم

م: (**وقال محمد : إذا تيممت انقطعت**) ش: أي بمجرد التيمم تنقطع الرجعة عنده، وبه قال زفر وأحمد م: (**وهذا قياس**) ش: أي قول محمد هو القياس م: (**لأن التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة**) ش: لأنه يقوم مقام الماء عند عدمه م: (**حتى يثبت**) ش: بالرفع لأن حتى هذه ليست للغاية م: (**به**) ش: أي بالتيمم م: (**من الأحكام**) ش: نحو دخول المسجد وقراءة القرآن ومس المصحف وجواز أداء الصلاة م: (**ما يثبت بالاغتسال**) ش: أي الذي يثبت به وهو فاعل يثبت الذي بعد حتى م: (**فكان**) ش: أي التيمم م: (**بمنزلته**) ش: أي بمنزلة الاغتسال .

م: (**ولهما**) ش: أي لأبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- م: (**أنه**) ش: أي التيمم م: (**ملوث غير مطهر**) ش: يعني حقيقة لا شرعًا، وإنما قال : ملوث بحسب الغالب، وإن كان يجوز بالحجر الأملس عند أبي حنيفة ، والرمل بالاتفاق ولا غبار ثم ولا تلويث م: (**وإنما اعتبر طهارة**) ش: أي وإنما يعتبر التيمم طهارة شرعًا م: (**ضرورة أن لا تتضاعف الواجبات**) ش: أي لأجل ضرورة تضاعف الواجبات ، لأنه لو لم يعتبر حتى يجد الماء لكان يمضي أوقات صلاة متعددة فيحصل الضرر م: (**وهذه الضرورة**) ش: أي الضرورة المذكورة م: (**تتحقق حال أداء الصلاة لا فيما قبلها من الأوقات**) ش: أي لا يتحقق فيما قبل حال أداء الصلاة قد يكون قبلها طهارة يتعلق بها انقطاع الرجعة .

م: (**والأحكام الثابتة أيضًا ضرورية اقتضائية**) ش: هذا جواب عن حرف محمد، يعني الأحكام التي ذكرها محمد أيضًا ضرورية تثبت اقتضاء ، لأن الضرورية إذا تثبت تثبت بجميع لوازمها ، ومن لوازم ثبوت الصلاة عند أدائها انقطاع الحيض، ومن لوازم انقطاعه مضي العدة ، ومن لوازم مضيها انقطاع الرجعة ولازم اللازم لازم ، فيثبت عند ثبوته . وأما الجواب عن جعل أبي حنيفة وأبي يوسف التيمم ، هذا طهارة ضرورية . وفي باب الأمة طهارة مطلقة، وجعل محمد بالعكس فقد مضى هناك مستوفى م: (**ثم قيل: تنقطع**) ش: أي الرجعة م: (**بنفس الشروع**) ش: في الصلاة م: (**عندهما**) ش: أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف .

م: (**وقيل بعد الفراغ**) ش: أي من الصلاة م: (**ليتقرر حكم جواز الصلاة**) ش: وهو الصحيح ، لأن الحال بعد الشروع فيها كالحال قبله، ألا ترى أنه لو رأى الماء في الصلاة لا يبقى لتيممه أثر بخلاف ما بعد الصلاة ، كذا في المبسوط .

م: (**وإذا اغتسلت**) ش: أي إذا اغتسلت المعتدة من الحيضة الثالثة م: (**ونسيت شيئًا من بدنها لم**

يصبه الماء فإن كان عضواً فما فوقه لم تنقطع الرجعة ، وإن كان أقل من عضو انقطعت . قال : - رضي الله عنه -: وهذا استحسان والقياس في العضو الكامل أن لا تبقى الرجعة ؛ لأنها غسلت الأكثر، والقياس فيما دون العضو أن تبقى ، لأن حكم الجنابة و الحيض لا يتجزأ . ووجه الاستحسان وهو الفرق أن مادون العضو يتسارع إليه الجفاف لقلته ، فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه ، فقلنا بأنه تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج أخذاً بالاحتياط فيهما ، بخلاف العضو الكامل،

يصبه الماء، فإن كان عضواً) ش: أي فإن كان الذي لم يصبه الماء عضواً م: **(فما فوقه)** ش: أي فما فوق العضو م: **(لم تنقطع الرجعة)** ش: استحساناً م: **(وإن كان أقل من عضو)** ش: قال في المحيط : نحو الأصبع ، وكذا بعض الساعد وبعض العضو دون العضو الكامل نحو اليد والرجل م: **(انقطعت)** ش: أي الرجعة .

م: **(قال -رضي الله عنه -: وهذا استحسان)** ش: أي قال المصنف : هذا المذكور استحسان . اعلم أن محمداً لم يذكر في كتبه موضع القياس هل هو العضو فما فوقه أو ما هو دونه . وروي عن أبي يوسف في العضو فما فوقه بأن القياس أن تنقطع الرجعة ، وفي الاستحسان أن لا تنقطع ، وعند محمد فيما دونه ، فإن القياس يبقى الرجعة . وفي الاستحسان أن تنقطع ، فعلم أن على كل منهما قياساً واستحساناً ، فانظر الآن في عبارة المصنف كيف يفهم منها كل ذلك ، وهذا يدل على قوة حذقة، وغاية إدراكه-رحمه الله تعالى .

م: **(والقياس في العضو الكامل أن لا تبقى الرجعة؛ لأنها غسلت الأكثر)** ش: أي أكثر البدن وللأكثر حكم الكل ، فكأنها غسلت جميع البدن م: **(والقياس فيما دون العضو أن تبقى)** ش: أي الرجعة م: **(لأن حكم الجنابة والحيض مما لا يتجزأ)** ش: بأن يكون البعض بحكم الجواز والبعض بعدمه .

م: **(ووجه الاستحسان وهو الفرق)** ش: بين العضو الكامل وما دونه م: **(أن ما دون العضو يتسارع إليه الجفاف لقلته ، فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه)** ش: وفي المحيط : حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء إليه م: **(فقلنا بأنه تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج)** ش: بزوج آخر م: **(أخذاً بالاحتياط فيهما)** ش: أي في انقطاع الرجعة والتزوج م: **(بخلاف العضو الكامل لأنه لا يتسارع إليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة ، فافترقا)** ش: أي العضو الكامل وما دونه .

م: **(وعن أبي يوسف : أن ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل)** ش: والواو في قوله : والاستنشاق بمعنى أو، كما في قوله تعالى : **﴿ مثنى وثلاث ورباع﴾** (النساء : الآية٣) ، بيان ذلك : إذا اغتسلت عن الحيضة الثالثة فيما دون العشر لكنها تركت المضمضة أو الاستنشاق ، فعن أبي يوسف روايتان في رواية هشام عنه لا تنقطع الرجعة، أشار بقوله : كترك عضو كامل، حيث

لأنه لا يتسارع إليه الجفاف ، ولا يغفل عنه عادة فافترقا . وعن أبي يوسف -رحمه الله -أن ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل وعنه وهو قول محمد- رحمه الله- هو بمنزلة ما دون العضو لأن في فرضيتهما اختلافًا ، بخلاف غيره من الأعضاء . ومن طلق امرأته وهي حامل أو ولدت منه وقال لم أجامعها فله الرجعة ، لأن الحمل متى ظهر في مدة يتصور أن يكون منه جعل منه لقوله - عليه السلام -: « الولد للفراش»

لا تنقطع الرجعة فيه .

وفي رواية أخرى رواها الكرخي تنقطع ، أشار إليها بقوله : م: **(وعنه)** ش: أي وعن أبي يوسف م: **(وهو)** ش: أي ترك المضمضة والاستنشاق ، ولفظه هو في محل الرفع على الابتداء م: **(وهو قول محمد)** ش: جملة معترضة بينه وبين خبره ، وهو قوله م: **(بمنزلة ما دون العضو)** ش: أي بمنزلة ترك ما دون العضو ، حيث إذا تركه تنقطع الرجعة م: **(لأن في فرضيتهما)** ش: أي فرضية المضمضة والاستنشاق في الغسل م: **(اختلافًا)** ش: فإن عند مالك والشافعي هما سنتان في الغسل ، وفي الوضوء أيضًا ، وعندنا واجبان في الغسل وسنتان في الوضوء ، وعند ابن أبي ليلى وعبد الله ابن المبارك وأحمد وإسحاق فرضان فيهما جميعًا ، لكن قال أحمد : الاستنشاق آكد من المضمضة فإذا كان فيهما اختلاف في فرضيتهما فالاحتياط في انقطاع الرجعة م: **(بخلاف غيره من الأعضاء)** ش: فإنه لا خلاف لأحد في فرضيته .

م: **(ومن طلق امرأته وهي حامل)** ش: أي والحال أنها حامل م: **(أو ولدت منه)** ش: أي والحال أنها ولدت منه في نكاحها قبل الطلاق م: **(وقال : لم أجامعها فله الرجعة)** ش: ولا يعتبر قوله : لم أجامعها م: **(لأن الحمل متى ظهر في مدة يتصور أن يكون منه جعل منه)** ش: لأنها إذا كانت حاملاً يوم الطلاق وظهر ذلك بأن ولدت لأقل من ستة أشهر فصار النسب ثابتًا منه م: **(لقوله ﷺ)** ش: أي لقول النبي ﷺ م: **(الولد للفراش)** ش: روي هذا الحديث عن جماعة من الصحابة -رضي الله تعالى عنهم - عن أبي هريرة -رضي الله تعالى عنه - أخرجه الأئمة الستة من حديث سعيد ابن المسيب -رضي الله عنه- قال : قال رسول الله ﷺ : **«الولد للفراش وللعاهر الحجر»**، وفي لفظ البخاري : «الولد لصاحب الفراش» . وعن عائشة - رضي الله تعالى عنها - أخرجه الستة إلا الترمذي من حديث عروة عنها قالت : اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد الله بن زمعة في غلام . . . الحديث الولد للفراش . وعن عبد الله بن عمرو بن العاص -رضي الله تعالى عنهما- أخرجه أبو داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قام رجل فقال : يا رسول الله . . . الحديث ، وفيه : الولد للفراش وللعاهر الحجر . وعن عثمان -رضي الله تعالى عنه- أخرجه أبو داود أيضًا فيه طول وفيه الولد للفراش ، وعن أبي أمامة -رضي الله تعالى عنه- أخرجه الترمذي عنه قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : **«إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا**

وذلك دليل الوطء منه ، وكـذا إذا ثبت نسب الولد من جـعل واطئًا ، وإذا ثبت الوطء تأكـد الملك والطلاق في ملك متـأكد يعقب الرجـعة، ويبطل زعمـه بتكذيب الشرع ، ألا ترى أنه يثـبت بهذا الوطء الإحصان ، فلأن تثبت به الرجعة أولى، وتأويل مسألة الولادة أن تلد قبل الطلاق ، لأنها لو ولدت بعده تنقـضي العدة بالولادة فلا تتـصور الرجعـة.قال: فإن خـلا بها وأغلق بابًا ، أو أرخي سترًا،

وصية لوارث، الولد للفراش وللعاهر الحجر» .

م: (وذلك) ش: أي جعل العمل منه م: (دليل الوطء منه ، وكـذا إذا ثبت نـسب الولد منه جـعل واطئـًا، وإذا ثبت الوطء تأكد الملك ، والطلاق فـي ملك متـأكد يعـقب الرجعـة ويبطل زعمـه) ش: بفتح الزاي وضمـها لغتان فصيحتان ، قاله ابن دريد ، وأكثر ما يقع الزعم على الباطل م: (بتكذيب الشرع) ش: إياه وفيه بحث من وجهين ، أحدهما : أن النسب يثبت دلالته وقوله : لم أجامعها صريح ، والصريح يفوق الدلالة ، والثاني : أنه أقر بقوله : لم أجامعها سقوط حق مستحق له وتكذيب الشرع لم يرده كما لو أقر يعني لإنسان ثم اشتراها ثم استحقت في يده ثم وصلت إليه ، أمر بالتسليم إلى المقر له وإن صار مكذبًا شرعًا . وأجيب عن الأول بأن الدلالة من الشارع ، والصريح من العبد ودلالة الشرع أقوى لاحتمال الكذب من العبد دون الشارع . وعن الثاني : بأن لم يتعلق بإقراره ها هنا حق الغير والموجب للرجعة هو الطلاق بعد الدخول ثابت فيترتب عليه الحكم لثبوت المقتضى وانتفاء المانع ، بخلاف المسر المستشهد به ، فإن المانع ثمة موجود وهو تعلق حق الغير .

م: (ألا ترى) ش: توضيح لقوله : والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة م: (أنه) ش: أي أن الشأن م: (يثبت بهذا الوطء الإحصان ، فـلأن تثبت به الرجعة أولى) ش: بيان الأولوية أن الإحصان له مدخل في وجوب العقوبة ، ومع هذا يثبت بهذا الوطء فلا تثبت به الرجعة التي ليست فيها جهة العقوبة أولى، ولأنه لا يلزم من ثبوت الرجعة ثبوت الإحصان كالأمة النصرانية .

م: (وتأويل مسـألة الولادة أن تلد قـبل الطلاق) ش: قـال الأترازي : هذه المسـألة من خـواص «الجامع الصغير»، ولو تبع المصنف لفظ محمد في «الجامع الصغير» ، وجعله كما هو لا يحتاج إلى التأويل، وصورته في«الجامع الصغير» : روى محمد عن يعقوب عـن أبي حنيفة في رجل تزوج امرأة ثم طلقها ، وهي حامل ، فقال : لم أجامعها ، قال له : عليها الرجعة ، وكذلك إن كانت ولدت قبل ذلك .

م: (لأنـها لو ولدت بعـد الطلاق تنقضي العدة بالـولادة فلا تتصور الرجـعة) ش: لفوات المحل م: (قال فإن خلا بهـا) ش: أي بـالمرأة م: (إذا أغلق بابًا أو أرخـى سترًا) ش: ذكـر وأرخى سترًا، وذكـر في كـتـاب الطلاق أو أرخى بكلمـة أو ، وهو الصـحيح ،لأن أحـد الأمريـن من إغـلاق البـاب

أو قال لم أجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة ، لأن تأكد الملك بالوطء وقد أقر بعدمه فيصدق في حق نفسه ، والرجعة حقه ولم يصر مكذبًا شرعًا ، بخلاف المهر لأن تأكد المهر المسمى يبتني على تسليم المبدل لا على القبض ، بخلاف الفصل الأول ، فإن راجعها معناه بعد ما خلا بها وقال لم أجامعها ثم جاءت بولد لأقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة ، لأنه يثبت النسب منه ، إذ هي لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة ، فأنزل واطئًا قبل الطلاق دون ما بعده ، لأن على اعتبار الثاني يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله ، فيحرم الوطء، والمسلم لا يفعل الحرام .

وإرخاء الستر كاف في ثبوت الخلوة الصحيحة م: (**وقال لم أجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة، لأن تأكد الملك بالوطء وقد أقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه**) ش: فيصدق في حقه إذا قال لم أجامعها.

م: (**ولم يصر مكذبًا شرعًا**) ش: جواب عما يقال قد صار مكذبًا شرعًا ، ولا يجب المهر كاملاً إلا إذا كان الطلاق بعد الدخول ، وأجاب بقوله : ولم يصر مكذبًا شرعًا م: (**بخلاف المهر لأن تأكد المهر المسمى يبتني على تسليم المبدل**) ش: أي البضع م: (**لا على القبض**) ش: أي قبض المبدل وهو الوطء يعني إن تأكد المهر بالخلوة الصحيحة لم يدل على كون الرجل واطئًا حكمًا ، لأن المهر يتأكد بتسليم البضع ولا يتوقف على الوطء فلم يلزم ثبوت الوطء بثبوت كمال المهر ، وذلك أن المرأة قادرة على تسليم نفسها ، وليست بقادرة على جعل الرجل واطئًا ، فتأكد المهر بالتسليم دفعًا للضرر عنها .

م: (**بخلاف الفصل الأول**) ش: مرتبط بقوله : ولم يصر مكذبًا ، والفصل الأول هو ثبوت النسب فبظهور الحمل حالة الطلاق أو بالدلالة قبل الطلاق صار مكذبًا شرعًا في قوله : لم أجامعها حيث جعله الشرع واطئًا حكمًا ، لأن الرجعة تنبئ عن الدخول ، وقد ثبت النسب فتثبت الرجعة ، لأنه لا نسب بلا ماء ، ولا ماء بلا دخول ، فتثبت الرجعة لوجود الدخول م: (**فإن راجعها**) ش: معناه بعد ما خلا بها م: (**وقال : لم أجامعها ثم جاءت بولد لأقل من سنتين بيوم**) ش: أي من يوم الطلاق لا من يوم الرجعة م: (**صحت تلك الرجعة**) ش: أي الرجعة السابقة م: (**لأنه يثبت النسب منه**) ش: فيثبت الدخول لا محالة ، والطلاق بعد الدخول معقب للرجعة .

م: (**إذ هي**) ش: أي لأن المرأة م: (**لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة**) ش: ولا يكون ذلك إلا بالدخول م: (**فأنزل واطئًا قبل الطلاق دون ما بعده، لأن على اعتبار الثاني**) ش: وهو كونه واطئًا بعد الطلاق ، لأن المذكور الأول هو كونه واطئًا قبل الطلاق م: (**يزول الملك بنفس الطلاق**) ش: إلى عدة م: (**لعدم الوطء قبله**) ش: أي قبل الطلاق م: (**فيحرم الوطء**) ش: لأنه أنكره بعد الخلوة م: (**والمسلم لا يفعل الحرام**) ش: ولا يرضاه لغيره فيحمل على الدخول قبل الطلاق حملاً لأمر المسلم على الصلاح .

فإن قال لها إذا ولدت فأنت طالق ، فولدت ولدًا ثم أتت بولد آخر فهي رجعة ، معناه من بطن آخر ، وهو أن يكون بعد ستة أشهر ، وإن كان أكثر من سنتين إذا لم تقر بانقضاء العدة؛ لأنه وقع الطلاق عليها بالولد الأول ، ووجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة لأنها لم تقر بانقضاء العدة ، فيصير مراجعًا . وإن قال كلما ولدت ولدًا فأنت طالق ، فولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة ، فالولد الأول طلاق، والولد الثاني رجعة، وكذا الثالث ؛لأنها إذا جاءت بالولد الأول وقع الطلاق وصارت معتدة ، وبالثاني صار مراجعًا ؛لما بينا قبل أنه يجعل العلوق بوطء حادث في العدة ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني ؛ لأن اليمين معقودة بكلمة «كلما» ووجبت العدة وبالولد الثالث صار مراجعًا لما ذكرنا وتقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت العدة بالإقراء ؛

م: (**وإن قال لها**) ش: أي إن قال رجل لامرأته م: (**إذا ولدت فأنت طالق فولدت ولدًا ، ثم أتت بولد آخر**) ش: لأقل من سنتين بيوم أو أكثر م: (**فهي رجعة**) ش: أي الولادة الثانية رجعة م: (**معناه من بطن آخر وهو أن يكون بعد ستة أشهر وإن كان أكثر من سنتين إذا لم تقر بانقضاء العدة**) ش: كلمة أن للوصل، يعني لما كان بين الولدين ستة أشهر لا يتفاوت بعد ذلك بين أن تكون الولادة الثانية في أقل من سنتين، وبين أن يكون في أكثر من ثبوت الرجعة م: (**لأنه وقع الطلاق عليها بالولد الأول، ووجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه**) ش: أي من الزوج حال كونه م: (**في العدة لأنها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعًا**) ش: لأن العلوق الحادث بعد الطلاق في العدة معقب للرجعة .

فإن قيل: ذكر في كتاب الدعوى أن المطلقة طلاقًا رجعيًا لو ولدت لأقل من سنتين بيوم لا تكون رجعة ، وفي الأكثر من سنتين تكون رجعة لاحتمال العلوق قبل الطلاق في الأول دون الثاني .

قلنا : قد سقط هذا الاحتمال هنا لأنهما إذا كانا من بطنين كان الثاني من علوق حادث ضرورة ، ولا يصار مع الولد الأول من بطن واحد والاتحاد لا يثبت بالشك .

م: (**وإن قال : كلما ولدت ولدًا فأنت طالق ، فولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة فالولد الأول طلاق**) ش: المراد من البطون المختلفة أن يكون بين الولدين ستة أشهر فصاعدًا م: (**والولد الثاني رجعة، وكذلك الثالث ؛لأنها إذا جاءت بالولد الأول وقع الطلاق وصارت معتدة**) ش: لأن العدة تعقب الطلاق م: (**وبالثاني**) ش: أي وبالولد الثاني م: (**صار مراجعًا لما بينا قبل أنه يجعل العلوق بوطء حادث في العدة ، ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني ؛ لأن اليمين معقودة بكلمة كلما**) ش: وهي تقتضي تكرار الجزاء عند تكرار الشرط ، م : (**ووجبت العدة ، وبالولد الثالث صار مراجعًا لما ذكرنا**) ش: إشارة إلى قوله : لأنه وقع الطلاق عليها بالولد الأول . . . إلى آخره م: (**وتقع الطلقة الثالثة بولادة الولد الثالث، ووجبت العدة بالأقراء**) ش: أي بالحيض .

لأنها حائل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق .والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين ؛ لأنها حلال له، إذ النكاح قائم بينهما ، ثم الرجعة مستحبة ، والتزين حامل له عليها ، فيكون مشروعًا .

ويستحب لزوجها أن لا يدخل عليها حتى يؤذنها

م: (**لأنها حائل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق**) ش: وذوات الحيض عدتها بالحيض ، ولو ولدت ثلاثة أولاد في بطن واحد يقع عليها طلقتان لا غير ، وتنقضي العدة بوضع الولد الثالث، لأن شرط الطلاقين وجد في الملك موقوفًا ، بخلاف الطلاق الثالث ، فإن شرطه وجد في غير الملك لعدم الرجعة ، قيل ذلك ، لأنهم ولدوا في بطن واحد فلم يقع لوقوعه في غير الملك وانقضت العدة بالولد الثالث ، لأنها وضعت جميع ما في بطنها الآن ، ولو ولدت ولدين في بطن واحد تطلق بالولد الأول واحدة ، وتنقضي العدة بالولد الثاني ، ولا يقع به الطلاق ، لأنها حينئذ ليست بمنكوحة ولا معتدة .

م: (**والمطلقة الرجعية تتشوف**) ش: لفظ محمد في الأصل والمعتدة من الطلاق الرجعية تتشوف لزوجها م: (**وتتزين**) ش: وقال ابن دريد : شفت الشيء أشوفه شوفًا إذا جلوته ، ومنه قوله تتشوف المرأة إذا تزينت ، وفي ديوان الأدب : رأيت النساء يتشوفن ، أي ينظرن ، أي يتطاولن ، وقيل التشوف : التزين ، لكنه خاص بالوجه والتزين عام يستعمل في الوجه وغيره .

قلت: إذا كان التشوف والتزين بمعني واحد يكون قوله وتتزين عطف تفسيري ، وإذا كان التزين عامًا يكون عطف العام على الخاص م: (**لأنها**) ش: أي لأن المرأة م: (**حلال له**) ش: أي للزوج م: (**إذ النكاح قائم بينهما**) ش: أي لأن النكاح قائم بين الزوجين حتى يجري التوارث بينهما ، وكذا جميع أحكام النكاح ، ويدخل في قوله كل امرأة لي طالق .

م: (**ثم الرجعة مستحبة**) ش: لما جاء في حديث ابن عمر -رضي الله تعالى عنهما- ، قال لعمر : مر ابنك فليراجعها . متفق عليه . وروى أبو داود عن عمر -رضي الله تعالى عنه- «**أن النبي ﷺ طلق حفصة ثم راجعها**»[(١)] .

وجاء فيه أحاديث أخرى تدل كلها على مشروعية الرجعة واستحبابها م: (**والتزين حامل له عليها**) ش: أي على الرجعة ، لأن نظره إليها ليس بمحرم ، فربما إذا نظر إلى زينتها رغب فيها وراجعها م: (**فيكون مشروعًا**) ش: أي إذا كان الأمر كذلك ، فيكون التزين مشروعًا بخلاف المعتدة من طلاق بائن ، حيث لا تتشوف له ، لحرمة النظر إليها وعدم مشروعية الرجعة .

م: (**ويستحب لزوجها أن لا يدخل عليها**) ش: أي على التي طلقها زوجها م: (**حتى يؤذنها**) ش:

---

(١) رواه أبو داود (٢٢٨٣) باب المراجعة من طريق صالح بن صالح عن سلمة بن كهيل عن سعيد بن جبير عن ابن عباس عن عمر أن رسول الله ﷺ طلق حفصة ثم راجعها . **قلت** : وإسناده صحيح .

أو يسمعها خفق نعليه ، معناه إذا لم يكن من قصده المراجعة ، لأنها ربما تكون مجردة ،فيقع بصره على موضع يصير به مراجعًا ثم يطلقها فتطول عليها العدة . وليس له أن يسافر بها حتى يشهد على رجعتها .وقال زفر-رحمه الله- له ذلك لقيام النكاح ، ولهذا له أن يغشاها عندنا ولنا قوله تعالى:﴿ولا تخرجوهن من بيوتهن﴾ الآية (الطلاق : الآية ١) . ولأن تراخي عمل المبطل لحاجته إلى المراجعة، فإذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر أنه لا حاجة له، فتبين أن المبطل عمل عمله من وقت وجوده ،

أي يعلمها بالتخلخ ونحوه م: **(أو يسمعها خفق نعليه)** ش: أى صوتهما حين يدخل من الباب ، وهو من خفق التراب خفقًا إذا اضطرب وهو لفظ مشترك ، يقال خفق النجم يخفق خفوقًا إذا ضاء وطلع ، ومن خفق النجم والقمر إذا انحطا وغربا ، وخفق القلب خفقانًا وخفق الرجل خفقة إذا نعس ثم انتبه م: **(معناه)** ش: أي معنى كلام القدوري م: **(إذا لم يكن من قصده المراجعة ؛ لأنها ربما تكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعًا)** ش: وهو الفرج، لأنه إذا وقع نظره على فرجها يكون مراجعًا م: **(ثم يطلقها)** ش: بأن لم يكن من قصده أن يراجعها م: **(فتطول عليها العدة)** ش: فيحصل عليها الأذى بذلك ، لأن فيه استئناف العدة . وقال محمد في المبسوط : أكره أن يراها متجردة إذا كان لا يريد رجعتها ، وإن رآها لم يكن عليه شيء ، لأن ما فوق الرؤية وهو الوطء حلال ، فالرؤية أولى .

م: **(وليس له أن يسافر بها)** ش: أى بالمطلقة الرجعية م: **(حتى يشهد على رجعتها ، وقال زفر : له ذلك)** ش: أى للزوج أن يسافر بها م: **(لقيام النكاح)** ش: ما لم تنقض العدة م: **(ولهذا)** ش: أى ولأجل قيام النكاح م: **(له أن يغشاها عندنا)** ش: أي له أن يجامعها . م: **(ولنا قوله تعالى ﴿لا تخرجوهن من بيوتهن...﴾ الآية ، (الطلاق: الآية ١))** ش: وجه الاستدلال أن الآية نزلت في الطلاق الرجعي بالنقل عن أئمة التفسير ، أي لا تخرجوهن حتى تنقضي عدتهن من بيوتهن من مساكنهن التي يسكنها قبل العدة ، وهي بيوت الأزواج ، وأضيفت إليهن لاختصاصها بها من حيث السكنى ، فدلت أن إخراجهن للأزواج لا يحل ، وكذا خروجهن بأنفسهن قبل انقضاء العدة فاحشة في نفسها .

م: **(ولأن تراخي عمل المبطل)** ش: هذا دليل عقلي على جواز عدم المسافرة بها قبل الرجعة ، بيانه أن تراخي عمل المبطل الذي هو الطلاق م: **(لحاجته)** ش: أي لحاجة الزوج م: **(إلى المراجعة)** ش: إذ الطلاق يعني أن الطلاق معطل لملك النكاح ، فكان ينبغي أن يبطل النكاح زمان وجود الطلاق ، لأن حكمه تأخر إلى وجود الشرط ، وهو انقضاء العدة لحاجة الزوج إلى الرجعة .

م: **(فإذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر أنه لا حاجة له)** ش: أي إلى الرجعة م: **(فتبين أن المبطل للنكاح عمل عمله من وقت وجوده)** ش: أي وجود المبطل ، فمنع لذلك كالبيع الذي فيه الخيار

ولهذا تحتسب الأقـراء من العدة ، فلم يملك الزوج الإخـراج إلا أن يشهـد على رجعتـها فـتبطل العدة ويتقرر مـلك الزوج ، وقوله «حتى يشهد على رجعـتها » معناه الاستحبـاب على ما قدمناه. والطلاق الرجعي لا يحـرم الوطء . وقال الشـافعي -رحمـه الله - : يحرمه ، لأن الزوجـية زائلة لوجود القـاطع ، وهو الطلاق . ولنا أنها قـائمة حتى يملك مـراجعتـها من غيـر رضاها ؛ لأن حق الرجعة ثبت نظرًا للزوج ، ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم .

وتأخر عمل البيع في اللزوم ، ثم بالإجازة يعمل من وقت البيع ، ولهذا يملك الزوائد الحاصلة في مدة الخيار م: (ولهذا) ش: أي ولأجل أن عـمل المبطل من وقت وجـود المبطل م: (**تحتسب الأقراء من العدة**) ش: أي الأقراء الماضية قبل انقضـاء العدة تحتسب من العدة ، فلو كـان عمـل المبطل مقتصرًا على انقضـاء العدة لا تحتسب الأقراء الماضية من العدة ، كـما لا تحتسب في قوله إذا حضت فأنت طالق ، فإن تلك الحيضة غير محتسبة من العـدة ، لأنه شرط وقـوع الطلاق ، فإذا كـان كذلك م: (**فلم يملك الزوج الإخراج**) ش: أي إخراجها إلى السفر ، لأنه عـمل المبطل لما لم يكن مقتصرًا على الانقضاء كانت المرأة كالمبتوتة ، فلا يملك إخراجها كالمبتوتة تحقيقًا .

م: (**إلا أن يشـهد**) ش: الزوج م: (**على رجعتـها فتبطل العـدة ويتقرر ملك الزوج**) ش: فلم يكـره السفر .

فإن قيل: السفر بها دلالة الرجعة فتثبت الرجعة أشهد أو لم يشـهد . أجيب : بأن كلامنا في رجل ينادي صـريحًا بأنه لا يراجعـها ، ولا عبـرة للدلالة مع وجـود الصـريح ، ثـم كـما لا يباح إخراجهن وخروجهن إلى السفر لا يباح أيضًا إلى ما دون السفر لإطلاق النص المحرم .

م: (**وقوله**) ش: أي قـول مـحـمـد في «الجـامع الصـغـيـر » : م: (**حتى يشـهد على رجعتهـا معناه الاستحباب**) ش: يعني لا يريد به أن الإشـهـاد على الرجعة واجب ، بل الإشـهـاد مسـتحب عندنا م: (**على ما قدمناه**) ش: يعني في أوائل البـاب عند قوله ويستحب أن يشهد على الرجعة شـاهدين ، وإن لـم يشهد صحت الرجعة .

م: (**والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء . وقال الشـافعي : يحرمه**) ش: وبه قـال أحـمـد : في روايـة ، وقـال الثوري : والأظهـر أنه ليس بشـرط على الأظهـر م: (**لأن الزوجـية زائلة لـوجود القـاطع وهو الطلاق**) ش: . قال أبو نصر : قال الشافعي : فإن وطئها قبل الرجعة فعليه المهر م: (**ولنا أنها**) ش: أي الزوجية م: (**قائمة حتى يملك مـراجعتها من غير رضاها ، لأن حق الرجـعة ثبت نظرًا للزوج ، ليمكنه التدارك عند اعـتراض الندم**) ش: وإليه أشـار الله تـعـالى بقـوله ﴿ **لا تدري لعل الله يحـدث بعـد ذلك أمرًا**﴾ (الطلاق : الآية ١) .

قال الزمخشري : الأمر الذي يحدثه الله تعالى أن يقلب قلبه من بغضـها إلى محبتها ، ومن الرغبة عنها إلى الرغبة فيها ، ومن عزيمة الطلاق إلى الندم عليه فيراجعـها ، والمعنى : فطلقوهن

وهذا المعنى يوجب استبداده وتفرده به ، وذلك يؤذن بكونه استدامة لا إنشاء، إذ الدليل ينافيه ، والقاطع أخر عمله إلى مدة إجماعًا أو نظرًا له على ما تقدم .

بعدتهن وأحصوا العدة لعلكم ترغبون وتندمون فتراجعون .

م: (**وهذا المعنى**) ش: أي ثبوته نظرًا للزوج م: (**يوجب استبداده**) ش: أي استقلاله م: (**وتفرده به**) ش: أي بحق الرجعة م: (**وذلك**) ش: أي تفرد الزوج بحق الرجعة م: (**يؤذن**) ش: أى يعلم م: (**بكونه**) ش: أى بكون حق الرجعة م: (**استدامة**) ش: أي طلب دوامه كما كان م: (**لا إنشاء**) ش: أي ليس بإنشاء نكاح جديد م: (**إذ الدليل ينافيه**) ش: أي لأن الدليل الدال على استبداده ينافي الإنشاء ، إذ لو كانت الرجعة إنشاء لم ينفرد الزوج بالرجعة بلا رضا المرأة أو رضا وليها .

م: (**والقاطع أخر عمله إلى مدة**) ش: جواب عن قول الشافعي أن الزوجية زائلة لوجود القاطع، تقريره أن وجود القاطع لا ينافي قيام الزوجية بأن أخر عمله إلى انقضاء العدة م: (**إجماعًا**) ش: بدليل أن الرجعة بالقول تصح بلا رضا المرأة عند الشافعي أيضًا م: (**أو نظرًا له**) ش: أي أوأن القاطع أخر عمله إلى انقضاء العدة م: (**على ما تقدم**) ش: بيانه وهو قوله تثبت نظرًا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم .

***

فصل فيما تحل به المطلقة

وإذا كان الطلاق بائنًا دون الثلاث ، فله أن يتزوجها في العدة وبعد انقضائها ؛لأن حل المحلية باق؛ لأن زواله متعلق بالطلقة الثالثة، فينعدم قبلها ، ومنع الغيرفي العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه في إطلاقه .وإن كان الطلاق ثلاثًا في الحرة وثنتين في الأمة لم تحل له حتى تنكح زوجًا غيره نكاحًا صحيحًا ويدخل بها ، ثم يطلقها ، أو يموت عنها ،

م: **(فصل فيما تحل به المطلقة)**

ش: أي هذا فصل في بيان ما تحل به المرأة المطلقة. ولما فرغ من بيان ما يتدارك به الطلاق الرجعي ، شرع في بيان ما يتدارك به غيره من الطلقات ، ففي الحرة فيما دون الثلاث التدارك نكاح جديد . وفي الثلاث بإصابة الزوج الآخر بعد نكاحه ، وكذا التدارك في الأمة في الشين بإصابة الزوج الآخر .

م: **(وإذا كان الطلاق بائنًا دون الثلاث)** ش: بأن كانت واحدة بائنة أو ثنتين م: **(فله)** ش: أي للزوج م: **(أن يتزوجها في العدة وبعد انقضائها ، لأن حل المحلية باق)** ش: أي لأن حل المحل باق ، لأن محل النكاح أنثى من بنات آدم مع انعدام المحرمية والشرك والعدة عن الغير م: **(لأن زواله)** ش: أي زوال المحل م: **(متعلق بالطلقة الثالثة)** ش: وإذا وجدت الطلقة الثالثة م: **(فينعدم قبلها)** ش: لقوله تعالى : **﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره﴾** (البقرة: الآية ٢٣٠)، أي فإن طلق الثالثة م: **(ومنع الغيرة في العدة)** ش: أي غير الزوج عن النكاح في العدة م: **(لاشتباه النسب)** ش: لأجل اشتباه النسب صيانة م: **(ولا اشتباه في إطلاقه)** ش: أي لا اشتباه في إطلاق الشارع الزوج في نكاح معتدته .

هكذا فسره الأترازي والأحسن أن يقال : ولا اشتباه في إطلاقه ، أي في تجويز نكاح معتدته إذ الاشتباه إنما يكون عند اختلاف المياه ، وذلك إنما يكون في معتدة الغير .

قال الأكمل : واعترض عليه بالصغيرة والآيسة وعدة المياه قبل الدخول ومعتدة الصبي والحيضة الثانية والثالثة فإنه لا اشتباه في هذه المواضع ، ولا يجوز التزوج في هذه المواضع في العدة .

وأجيب : بأن ذلك بيان الحكمة ، والحكم يرى في الجنس لا في كل فرد ، لبيان العدة لوجود التخلف فيما ذكر من المواضع ،انتهى.

قلت: أخذ هذا من كلام السغناقي ملخصًا .

م: **(وإن كان الطلاق ثلاثًا في الحرة وثنتين في الأمة لم تحل له حتى تنكح زوجًا غيره نكاحًا صحيحًا، ويدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها)** ش: أي الطلقة الثالثة لا بنكاح ولا بملك يمين حتى

والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ فإن طلقها فـلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره ﴾(البقرة : الآية ٢٣٠) والمراد الطلقـة الثالثة، أو الـثنتان في حق الأمة كـالثلاث في حق الحـرة ؛ لأن الرق منصف لحل المحليـة على مـا عرف ، ثم الغـاية نكاح الزوج مطلقًـا ،والزوجـية المطلقـة إنما تثبت بنكاح صحيح، وشرط الدخول ثبت بإشارة النص، وهو أن يحمل النكاح على الوطء حملاً للكلام على الإفادة دون الإعادة، إذ العقد استفيد بإطلاق اسم الزوج ،

تنكح زوجًا غيره ، وأطلق الزوج ليشمل البالغ وغيره والمجنون وغيره ، إذا كان يجامع مثله . وبذلك صرح في شرح الطحاوي ويذكر عن قريب ما فيه من المذهب والأقوال، وإنما قيد بالنكاح الصحيح ، لأن الزوج الثاني إذا تزوجها نكاحًا فاسدًا لا تحل للأول ، سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل ، لأنه عز وجل قال : ﴿زوجًا غيره﴾ والزوج المطلق هو الذي صح نكاحه .

م: **(والأصل فيه)** ش: أي الأصل في هذه المسألة م: **(قوله تعالى :﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيـره﴾)** (البقـرة : الآية ٢٣٠) ش: أي وإن طلقهـا الطلقة الثالثة بعد التطليقتين المذكورتين في قوله تعالى : **﴿الطلاق مرتان﴾** أي مرة بعد أخرى م: **(والمراد الطلقة الثـالثة)** ش: كما ذكـرنـا هذا في حق الحـرة . م: **(والثنتـان)** ش: أي الطلقتـان م: **(في حق الأمـة كـالثـلاث)** ش: أي كالطلقات الثلاث م: **(في حق الحـرة ، لأن الرق منصف لحل المحليـة)** ش: إضافة التنصيف إلى الرق مجاز لمعنى أن الرقـية سـبب لتنصيـف حل المحليـة ، لكونه نـعمة ، والطلقة الواحـدة لا تـتجزأ فكملت ، وقد مر بيانه قبيل باب الطلاق في فصل المحرمات أيضًا م: **(على ما عرف)** ش: أي في الأصول م: **(ثم الغاية)** ش: أي الغاية بكلمة حتى في قوله تعالى : **﴿حتى تنكح زوجًا غيره﴾** م: **(نكاح الزوج مطلقًا)** ش: يعني ذكر من غير قيد نصفه م: **(والزوجية المطلقة)** ش: أي الكاملة م: **(إنما تثبت بنكاح صحيح)** ش: لأن الوطء يحرم في الفاسد ، ويجب التفريق .

م: **(وشرط الدخول)** ش: هذا جواب عـما يقال المشروط في قوله تعالى : **﴿حتى تنكح زوجًا غيره﴾** ، مطلق النكاح ، فمن أين شرط الدخول ؟ فأجاب بقوله : وشرط الدخول م: **(ثبت بإشارة النص ، وهو أن يحـمل النكاح)** ش: في قوله : **﴿حتى تنكح زوجًا غيره﴾** م: **(على الوطء حمـلاً للكلام على الإفادة دون الإعادة)** ش: يعني لو حملنا النكاح على العقد في الآية يلزم ذكر العقد مرتين م: **(إذ العقد استفيد بإطلاق اسم الزوج)** ش: في قوله تعالى : **﴿ زوجًا غيره﴾** وأيضًا في حمل النكاح على العقد يكون ذلك تأكيدًا ، والتأسيس أولى من التأكيد .

فإن قـيل: يلزم أن تكون المرأة واطئـة على هذا التـقـدير ، والمرأة مـوطوءة وليـست بواطئة . أجيب : بجواز إضافة الوطء إليها ، ولهذا تسمى زانية ، والزنا هو الوطء الحرام، إلا أنه لا يشتهر استعماله . والحاصل أن المصنف استدل ها هنا في شرط الدخول بوجهين :

أحدهما : بإشارة نص الكتاب على ما قررناه .

أو يزاد على النص بالحديث المشهور ، وهو قوله - عليه السلام - : «لا تحل للأول حتى تذوق عسيلة الآخر» ، روي بروايات

والآخر: بقوله م: (أو يزاد على النص) ش: أي على قوله تعالى: ﴿ حتى تنكح زوجًا غيره﴾ م: (بالحديث المشهور) ش: وقد عرف جواز الزيادة على النص بالحديث المشهور كما عرف في الأصل م: (وهو) ش: أي الحديث المشهور هو م: (قوله) ش: أى قوله ﷺ :م: (**لا تحل للأول حتى تذوق عسيلة الآخر**) .

ش: هذا الحديث رواه الأئمة الستة في كتبهم من حديث عائشة- رضي الله تعالى عنها- ، قالت : سئل رسول الله ﷺ عن رجل طلق زوجته فتزوجت زوجًا غيره فدخل بها ثم طلقها قبل أن يواقعها أتحل لزوجها الأول ؟ قال : «**لا حتى يذوق الآخر من عسيلتها ما ذاق الأول**» .

م: (روي بروايات) ش: أي روي هذا بروايات مختلفة ، فروى الجماعة إلا أبا داود عن الزهري عن عروة عن عائشة -رضي الله تعالى عنها- قالت :« **جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى النبي ﷺ فقالت : إني كنت عند رفاعة القرظي فطلقني فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير ، وإن ما معه إلا مثل هدبة الثوب ، فتبسم ﷺ وقال: أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة ؟ فقالت: نعم ، قال : لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك** » .

وفي لفظ الصحيحين : أنها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات . . . . . . الحديث، وفي لفظ البخاري : كذبت يا رسول الله إني لأنفضها نفض الأديم، ولكنها ناشزة تريد أن ترجع إلى رفاعة ، فقال - عليه السلام -: فإن كان كذلك فلن تحلين له حتى يذوق من عسيلتك . . . الحديث .

وروى مالك في موطئه عن المسور بن رفاعة القرظي عن الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير : فلم يستطع أن يمسها ففارقها ، فأراد رفاعة أن ينكحها فنهاه رسول الله ﷺ وقال : لا يحل له حتى يذوق العسيلة .

وروى الطبراني في «معجمه الأوسط»من حديث هشام بن عروة عن أبيه قالت : «**كانت امرأة من قريظة يقال لها تميمة تحت عبد الرحمن بن الزبير فطلقها وتزوجها رفاعة رجل من قريظة ثم فارقها فأرادت أن ترجع إلى عبد الرحمن بن الزبير فقالت: والله يا رسول الله ما هو منه إلا هدبة ثوبي ، قال: والله يا تميمة لا ترجعين إلى عبد الرحمن حتى يذوق عسيلتك رجل غيره** »[(١)] ، وهذا المتن عكس متن الصحيح .

---

(١) قال الهيثمي : هو صحيح خلا تسميتها تميمة ، رواه الطبراني في الكبير و الأوسط وفيه : ابن إسحاق وهو مدلس . مجمع الزوائد (٤/ ٣٤١).

وروى أبو موسى محمد الحافظ بن أبي بكر المديني في كتاب الأماني بإسناده إلى مقاتل بن حيان قال: قوله - عز وجل- ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره﴾ ، نزلت في عائشة بنت عبد الرحمن بن عتيك النضري كانت تحت رفاعة بن عتيك وهو ابن عمها فطلقها طلاقًا بائنًا ، فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير القرظي ثم طلقها ، فأتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إن زوجي عبد الرحمن طلقني قبل أن يمسني فأرجع إلى ابن عمي زوجي الأول ، فقال النبي ﷺ : «لا ،حتى يكون مس » ، فلبثت ما شاء الله أن لبثت ثم رجعت إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إن زوجي الذي كان تزوجني بعد زوجي الأول كان قد مسني ، فقال النبي ﷺ : كذبت بقولك الأول ، فلن أصدقك في الآخر ، فلبثت ثم قبض النبي ﷺ فأتت أبا بكر -رضي الله تعالى عنه- فقالت: ياخليفة رسول الله ﷺ أرجع إلى زوجي الأول قد مسني ، فقال أبو بكر -رضي الله تعالى عنه- : قد عهدت رسول الله ﷺ حين قال لك وسمعته حين أتيته وعلمت ما قال لك ، فلا ترجعي إليه ، فلما قبض أبو بكر -رضي الله تعالى عنه- أتت عمر بن الخطاب -رضي الله تعالى عنه- فقال لها: لئن أتيتني بعد مرتك هذه لأرجمنك .

واختلف في رفاعة ، قيل إنه رفاعة بن شموال ، وقيل: رفاعة بن وهب ، وفرق بينهما أبو جعفر بن أحمد بن عثمان بن أحمد المروزي المعروف بابن شاهين ، والظاهر أنها واحدة . وكذا اختلف في اسم المرأة ، فقيل اسمها سُهَيمَة وتميمة والرميصاء و الغميصاء .

م: (ولا خلاف لأحد فيه) ش: أي في شرط الدخول م: (سوى سعيد بن المسيب) ش: بن حزن ابن أبي وهب بن عمرو بن عائذ بن عمران بن مخزوم القرشي المخزومي أبي محمد المديني سيد التابعين ولد لسنتين مضتا من خلافة عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- مات سنة أربع وتسعين في خلافة الوليد بن عبد الملك وهو ابن خمس وسبعين سنة .

روى عن جماعة من الصحابة -رضي الله تعالى عنهم - منهم عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وأبو سعيد الخدري وأبو موسى الأشعري وأبو هريرة وكان زوج ابنته وأعلم الناس بحديثه وعائشة وأم سلمة وخولة بنت حكيم وفاطمة بنت قيس- رضي الله تعالى عنهم أجمعين - وروى عن أبيه المسيب بن حزن وله صحبة . وقال أبو حاتم : ليس في التابعين أمثل من سعيد بن المسيب وهو أثبتهم في أبي هريرة -رضي الله تعالى عنه - وقول صاحب الهداية ، : ولا خلاف فيه سوى سعيد بن المسيب ليس على إطلاقه ، لأنه تبعه في هذا بشر المريسي وداود الظاهري والشيعة والخوارج ، ولكن لا يلتفت إلى هذا . قال المصنف : م: (وقوله غير معتبر) ش: لأنه خلاف الإجماع ، وقال ابن المنذر : لانعلم أحداً قال من أهل العلم بقوله إلا الخوارج ولا أسوغ لأحد المصير إليه . وقال أبو بكر الرازي: لا أعلم أحداً قال بقوله ، وقوله غير

حتى لو قضى القاضي به لا ينفذ ، والشرط الإيلاج دون الإنزال لأنه كمال ومبالغة فيه وإكمال قيد زائد والصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجود الدخول في نكاح صحيح ، وهو الشرط بالنص ، ومالك « رحمه الله » يخالفنا فيه ، والحجة عليه ما بيناه. وفسره في الجامع الصغير وقال: غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امرأة وجب عليها الغسل وأحلها للزوج الأول .

معتبر حتى لا يجوز لأحد أن يأخذ بقوله لمخالفة الحديث المشهور . ولو أفتى مفت بقوله فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ، ذكره في الخلاصة م: (**حتى لو قضى القاضى به**) ش: أي يقول سعيد بن المسيب في هذا م: (**ولا ينفذ**) ش: ويرد عليه ويبطل . وذكر قاضي خان لا ينفذ قضاؤه. وفي «القنية» فقيهه بمذهبه يعزر ، قال المتكلم : والقاضي بديع يحتال في التطليقات ويأخذ الرشى ويزوجها للأول بدون دخول الثاني هل يصح النكاح ؟ قال : وما جزاء من يفعل ذلك ؟ قالوا : يسود وجهه ويعزر . وفي فتاوى النضر بن سعيد: رجع عن مذهبه هذا ، وقال : لعله لم يبلغه الحديث المشهور .

م: (**والشرط**) ش: أي شرط حل المطلقة الثلاث للزوج الأول م: (**الإيلاج**) ش: أي الإدخال م: (**دون الإنزال**) ش: يعني إنزال المني م: (**لأنه كمال**) ش: لأن الإنزال كمال في الإيلاج م: (**ومبالغة فيه**) ش: أي في الإيلاج م: (**وإكمال قيد زائد**) ش: يعني قيد للنص المطلق ، فلا يجوز ولا يثبت إلا بدليل ، ولا دليل عليه ، والدليل يدل على عدمه ، لأنه ذكر العسيلة وهو تصغير العسلة وهي كناية عن إصابة حلاوة الجماع وهي تحصل بالإيلاج ، فكان التصغير وإلا على عدم التبع بالإنزال فاللذة بالجماع قبل الإنزال ، وبالإنزال تزول اللذة وتفتر الرغبة فلا يشترط الإنزال وشذ الحسن البصري رحمه الله تعالى واشترط الإنزال بظاهر الحديث . م: (**والصبي المراهق في التحليل كالبالغ**) ش: وبه قال عطاء والشافعي وابن المنذر م: (**لوجود الدخول في نكاح صحيح وهو**) ش: أي النكاح الصحيح م: (**وهو الشرط بالنص**) ش: لأن الشرع علق حلها للزوج الأول بنكاح زوج آخر ، ووطئه وحصل ذلك م: (**ومالك يخالفنا فيه**) ش: أي في المراهق ، فإن عنده إنزاله شرط ولم يوجد ، وبه قال حماد والحسن البصري كما ذكرنا م: (**والحجة عليه**) ش:. أي على مالك م: (**ما بيناه**) ش: وهو قوله إن الإنزال كمال ومبالغة فيه وهو قيد لا دليل عليه ، وقال الأترازي : والحجة عليه قوله تعالى : ﴿حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ (البقرة الآية : ٢٣٠) و المراهق يسمى زوجاً إذا وجد شرط النكاح وقال الكاكي : والحجة عليه ما بيناه وهو الحديث المذكور ، وما ذكرناه هو الأنسب.

م: (**وفسره**) ش: أي فسر محمد المراهق م: (**في الجامع الصغير ، وقال : غلام لم يبلغ ، ومثله يجامع جامع امراة وجب عليها الغسل وأحلها للزوج الأول**) ش: ، وهذا كله تفسير محمد في المراهق ، وفي الجامع قال محمد : أودع صبياً يعقل ابن اثنتي عشرة سنة .

قلت : هذا ليدل على أن المراهق ينبغي أن يكون ابن اثنتي عشرة ، وكذا قال القاضي من

ومعنى هذا الكلام أن تتحرك آلته ويشتهي ، وإنما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين ، وهو سبب لنزول مائها ، والحاجة إلى الإيجاب في حقها ،أما لا غسل على الصبي وإن كان يؤمر به تخلقًا .

الحنابلة ، : يشترك أن يكون ابن اثنتي عشرة سنة .

م: **(ومعني هذا الكلام)** ش: أي الكلام الذي نقله عن محمد في المراهق م: **(أن تتحرك آلته ويشتهي)** ش: أي الشرط أن تتحرك آلة المراهق ويشتهي الجماع ، وإنما شرط ذلك لأنه - عليه السلام- شرط الذوق من الطرفين م: **(وإنما وجب الغسل عليها)** ش: هذا جواب عما يقال إذا لم يكن الإنزال شرطاً ، فلم يجب الغسل على المرأة ، فأجاب بقوله - إنما وجب الغسل عليها - أي على المرأة م: **(لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول مائها)** ش: فأقيم السبب الظاهر مقام السبب الباطن وهو الإنزال ، فيجب الغسل .

فإن قيل : لا نسلم أنه سبب ظاهر ، وإنما يكون كذلك إذا كان الشخص بالغاً ، وكلامنا في غير البالغ . وأجيب : بأن كلامنا فيما إذا كان الصبي تتحرك آلته ويشتهي الجماع لا فيما دون ذلك .

م: **(الحاجة إلى الإيجاب في حقها)** ش: أي الحاجة إلى إيجاب الغسل في حق المرأة، لأن أمر الغسل مبنى على الاحتياط وجماع مثله سبب ظاهر لإنزال مائها فيجب الغسل عليها .

م: **(أما لا غسل على الصبي)** ش: لعدم الخطاب م: **(وإن كان)** ش: واصل بما قبله ، أي وإن كان الصبي م: **(يؤمر به)** ش: أي بالغسل م: **(تخلقاً)** ش: أي من حيث التخلق ليتعود به ويصير له نتيجة قبل بلوغه حتى لا يشق عليه عند بلوغه فروعه .

وفي «الجواهر» للمالكية : لا يحل وطء صبي وإن كان يقوى على الجماع ، وهو قول أبي عبيد ، ويروى عن الحسن . وفي البسيط : وأجمعوا على أنه يحصل بوطء الصبي ويحصل باستدخال المرأة ذكر زوجها وهو نائم ولا يشترط الانتشار . وفي المحيط وطء الصبي والمجنون يحلها إلا إذا حبلت .

وفي المبسوط في رواية أبي حفص : إن كان المجبوب لا ينزل لا يحلها ولا يثبت نسب الولد منه ، لأنه إذا جف ماؤه صار كالصبي أو دونه . وقيل : هذا إذا جب ذكره في الأصل ، ولو بقي بقدر الحشفة يولج في فرجها تحل . وذكرالأسبيجابي : أنه لو كان خصيًا يجامع مثله حلت .

وفي المفيد : وكذا المسلول ، وفي المدونة : إن علمت بأن خصي فوطئها حلت للأول وثبت إحصانها وإن لم تعلم لا يحلها ولا يثبت إحصانها ، وإن تزوجت شيخًا فلم تنتشر آلته فأدخلته في فرجها بإصبعها إن انتعش وعمل حلت وإلا فلا . ولو لف آلته بخرقة وهي لا تمنع من وجود حرارة فرجها إلى ذكره يحل ، ذكره المرغيناني . ولو كانت المرأة مفضاة وحبلت من الثاني حلت

قال : ووطء المولى أمته لا يحلها؛ لأن الغاية نكاح الزوج ، وإذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه لقوله - عليه السلام -:« لعن الله المحلل والمحلل له»

للأول : لوقوع الوقاع في قبلها . ووطء النائمة والمغمى عليها يحل عندنا ، وفي أحد قولي الشافعي ذكره الثوري ، والوطء في الدبر لا يحل ، ولو ادعت وصول المحلل صدقت ، ووطء الذمي الذمية يحلها للأول عندنا والشافعي وأحمد ، وبه قال الحسن والزهري والثوري وأبو عبيد . وقال مالك وربيعة : لا يحلها ، ولو خلا بها الزوج الثاني أو مات عنها لا يحل .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله تعالى- : م: (**ووطء المولى أمته لا يحلها**) ش: بأن طلق رجل امرأته ثنتين وهي أمة للغير فوطئها المولى بعد انقضاء العدة لم تحل للأول م: (**لأن الغاية نكاح الزوج**) ش: أي لأن غاية الحرمة نكاح الزوج ، لقوله تعالى : ﴿**حتى تنكح زوجًا غيره**﴾ (البقرة : الآية ٢٣٠) ، لم يوجد ، لأن المولى لا يسمى زوجًا وقال في «شرح الأقطع » روي أن عثمان -رضي الله تعالى عنه- سئل عنه عن ذلك ، وعنده علي وزيد بن ثابت -رضي الله تعالى عنهما- فرخص ذلك عثمان وزيد ، وقالا : هو زوج ، فقال علي -رضي الله تعالى عنه- : مغضبًا كارهًا لما قالا ، وقال : ليس بزوج .

م: (**وإذا تزوجها بشرط التحليل**) ش: بأن قال تزوجتك على أن أحللك أو قالت هي ذلك م: (**فالنكاح مكروه لقول عليه السلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ : م: (**لعن الله المحلل والمحلل له**)[1] .

ش: هذا الحديث روي عن جماعة من الصحابة -رضي الله تعالى عنهم- عن عبد الله ابن مسعود -رضي الله تعالى عنه- أخرج حديثه الترمذي والنسائي من غير وجه عن سفيان الثوري عن أبي قيس واسمه عبد الرحمن بن ثروان الأودي عن هزيل بن شرحبيل الأودي عن عبد الله بن مسعود قال : « لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له» ، قال الترمذي : حديث حسن صحيح .

وعن علي -رضي الله تعالى عنه- أخرج حديثه أبو داود والترمذي وابن ماجة الحارث عن علي -رضي الله تعالى عنه- قال : « لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له» . وفي لفظ أبي داود

---

(١) رواه الترمذي (١١٣٤) من حديث ابن مسعود -رضي الله عنه-. وقال : حديث حسن صحيح ، والنسائي (٣١٩٨) وفيه عبد الرحمن بن ثروان وهو متكلم فيه .

ورواه أبو داود (٢٠٧٦)، والترمذي (١١٣٣) وابن ماجة (١٩٣٥) وفيه الحارث بن عبد الله الأعور وهو ضعيف .

ورواه الترمذي من حديث جابر (١١٣٣) ثم قال : هذا حديث ليس إسناده بقائم ، فإن مجالد بن سعيد قد ضعفه بعض أهل العلم : منهم أحمد بن حنبل . انتهى

قلت : والحديث حسن بمجموع طرقه ، والله أعلم . و أخرجه أحمد (٥/ ٧٣) من طريقي حماد .

فيه شك ، فقال : أراه رفعه إلى النبي ﷺ ، وهو معلول بالحارث .

قلت: الحارث هو ابن عبد الله الأعور الخارفي الكوفي قال أبو زرعة : لا يحتج بحديثه ، وقال ابن المديني : الحارث كذاب . وعن جابر بن عبد الله -رضي الله تعالى عنه- أخرج حديثه الترمذي عن مجالد عن الشعبي عن جابر نحوه سواء . وعن عقبة بن عامر -رضي الله تعالى عنه- أخرج حديثه ابن ماجة عن الليث بن سعد قال : أبو مصعب مشرح بن هاعان قال عقبة بن عامر : قال رسول الله ﷺ : « ألا أخبركم بالتيس المستعار ؟» قالوا : بلى يا رسول الله قال : « هو المحلل ، لعن الله المحلل والمحلل له » .

قال عبد الحق في «أحكامه» : إسناده حسن . وقال الترمذي : في« علله الكبري» الليث بن سعد ما أراه سمع من مشرح بن هاعان شيئًا ، ولا روى عنه وعن أبي هريرة-رضي الله تعالى عنه- أخرج حديثه أحمد والبزار وأبو يعلى الموصلي وإسحاق بن راهويه في مسانيدهم من حديث المقبري عن أبي هريرة نحوه .

وعن ابن عباس -رضي الله تعالى عنه- أخرج حديثه ابن ماجة عن عكرمة نحوه سواء ، م: (وهذا هو محموله) ش: يعني الحديث هو الكراهية ، وقد استدل المصنف بهذا الحديث على كراهية النكاح المشروط به التحليل وظاهره يقتضي التحريم ، وهو مذهب أحمد ، ولكن يقال لما سماه محللاً دل على صحة النكاح ، لأن المحلل هو المثبت للحل ، فلو كان فاسدًا لما سماه محللاً .

فإن قلت: لم لعن مع حصول التحليل .

قلت: لأن التماس ذلك هتك للمروءة وإعارة التيس في الوطء لعرض الغير رذيلة ، فإنه إنما يطأها ليعرضها لوطء الغير ، وهو قلة حمية ، ولهذا قال عليه السلام : « هو التيس المستعار »، وإنما يكون مستعاراً إذا سبق التماس من المطلق .

وقال السروجي : واختلف العلماء في معناه ، فقيل : أراد به طالب الحل من نكاح المتعة والمؤقت ، وسماه محللاً ، وإن كان لم يحلل ، لأنه يعتقده ويطلب الحل منه ، وأما طالب الحل من طريقة لا يستوجب اللعن . وقيل : هو التزوج بلفظ الإحلال والتحليل . وفي الإسبيجابي : لو تزوجها بنية التحليل من غير شرط حلت للأول ، ولا يكره ، والنية ليست بشيء .

وقال بعض مشايخنا : لو تزوجها ليحللها للأول ، فهو مثاب مأجور في ذلك ، حكاه المرغيناني وغيره ، لكن يرد عليهم أن المعروف كالمشروط ، ولا خلاف في كراهية المشروط . وفي الجواهر : المعتبر نية المحلل دون المرأة والزوج الأول ، فيصير كاشتراطه في العقد، فيفسد العقد ، ولو نكح بشرط الطلاق فسد العقد ، ولم تحل ، ويفسد بشرط عدم الوطء ، فإذا فسد فرق قبل :

فإن طلقها بعد ما وطئها حلت للأول لوجود الدخول في نكاح صحيح ؛ إذ النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة . وعن أبي يوسف -رحمه الله - أنه يفسد النكاح ؛ لأنه في معنى الموقت فيه ، ولا يحلها للأول لفساده. وعن محمد - رحمه الله - أنه يصح النكاح لما بينا ، ولا يحلها على الأول ، لأنه استعجل ما أخره الشرع فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث.

البناء وبعده بطلقة بائنة ، ولها المسمى في الأظهر في« البسيط »، وإن شرط فيه طلاق قيل يبطل العقد كالمؤقت . ومنهم من قال : يلغو الشرط ، ولا خلاف في أنه لو قال زوجتك بشرط أن لا تتزوج عليها أو لا تتسرى أو لا تسافر بها ، فالنكاح لا يفسد بذلك كله .

ولو قال : بشرط أن لا تطأها اختلفوا فيه وذكر التمرتاشي لو خافت أن لا يطلقها الثاني فتقول زوجت نفسي منك على أن أمري بيدي ،أطلق نفسي كلما أريد ، ويقول تزوجت أو قبلت جاز النكاح ، وصار الأمر في يدها .

م: **(فإن طلقها)** ش: أي فإن طلقها محلل المرأة م: **(بعد ما وطئها حلت للأول)** ش: أي حلت المرأة للزوج الأول م: **(لوجود الدخول في نكاح صحيح ، إذ النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة)** ش: وبه قال الحكم وعطاء وزفر .

م: **(وعن أبي يوسف أنه يفسد النكاح ؛ لأنه في معنى الموقت فيه ، ولا يحلها للأول لفساده)** ش: وهو قول إبراهيم النخعي والحسن البصري وبكر بن عبد الله المزني وقتادة . وقال ابن المنذر : روينا عن عمر بن الخطاب -رضي الله تعالى عنه- أنه قال : لا أوتى بمحلل ولا محللة إلا رجمتهم، وقال ابن عمر : لا يزالا زانيين وإن مكثا عشرين سنة . وعن عثمان بن عفان -رضي الله تعالى عنه- أنه قال: ذلك السفاح ، وممن قال : ولا يصح في ذلك إلا نكاح رغبة لا رهبة ، عن مالك والليث وابن حنبل وإسحاق وأبو عبيد .

م: **(وعن محمد أنه يصح النكاح لما بينا)** ش: أراد به قوله إذ النكاح لا يبطل بالشرط م: **(ولا يحلها على الأول)** ش: أي لا يحل المحلل المرأة على الزوج الأول م: **(لأنه استعجل ما أخره الشرع)** ش: وذلك لأن النكاح عقد عمر وشرط الطلاق خلافه م: **(فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث)** ش: كما إذا قتل شخص مورثه ، فإنه يحرم الميراث ، لأنه استعجل ما أخره الشرع . وذكر الترندويشي في الروضة : أنها لو قالت أنا أزوجك نفسي لتجامعني ثم طلقني لأكون حلاً لزوجي الأول . قال أبو حنيفة -رحمه الله - : النكاح جائز والشرط جائز ، فإن امتنع من تطليقها أجبره الحاكم على ذلك ، وتحلل للأول . وفي المرغيناني : فالشرط يكره للأول والثاني مع جوازهما عند أبي حنيفة وزفر ، وعند أبي يوسف النكاح باطل ولا تحل للأول ، وعند محمد تحل للثاني ، ولا تحل للأول . وفي المفيد والمزيد : قول محمد النكاح صحيح ، ولا تحل للأول ولا يظهر له وجه .

وإذا طلق الحرة تطليقة أو تطليقتين ،وانقضت عدتها،وتزوجت بزوج آخر ،ثم عادت إلى الزوج الأول عادت بثلاث تطليقات ، ويهدم الزوج الثاني ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- . وقال محمد-رحمه الله- لا يهدم مادون الثلاث ، لأنه غاية للحرمة بالنص فيكون منهيًا ولا إنهاء للحرمة قبل الثبوت ، ولهما قوله - عليه السلام -: «لعن الله المحلل والمحلل له » سماه محللاً ، وهو المثبت للحل

م: (**وإذا طلق الحرة تطليقة أو تطليقتين ، وانقضت عدتها ،وتزوجت بزوج آخر ، ثم عادت إلى الزوج الأول عادت بثلاث تطليقات ، ويهدم الزوج الثاني ما دون الثلاث**) ش: والمراد بقوله يهدم الزوج إلى آخره أن المرأة بعده تصير بحالة لا تحرم حرمة غليظة م: (**كما يهدم الثلاث**) ش: أى كما يهدم الزوج الثاني ثلاث طلقات جميعًا أو فرادى م: (**وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف**) ش: وهو قول ابن عباس وابن عمر وإبراهيم النخعي وعطاء وشريح وميمون بن مهران .

م: (**وقال محمد: لا يهدم ما دون الثلاث**) ش: يعني أنها تصير بحالة تحرم حرمة غليظة لما بقي من الطلقات الثلاث ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد وزفر وهو قول عمر وعلي وأبي بن كعب وعمران بن حصين وأبي هريرة -رضي الله تعالى عنه- ، والمسألة مختلفة بين الصحابة كما ترى .

وقال شمس الأئمة السرخسي : في شرح الكافي أخذ الكبار من الفقهاء بقول الكبار من الصحابة م: (**لأنه**) ش: أي لأن نكاح الزوج الثاني م: (**غاية للحرمة بالنص**) ش: يعني قوله تعالى : ﴿**فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره**﴾ ، لأن حتى حرف موضوع للغاية والمغيا ينتهي بالغاية م: (**فيكون**) ش: أي الزوج الثاني م: (**منهيًا**) ش: وهو بضم الميم اسم فاعل من الإنهاء .

م: (**ولا إنهاء للحرمة قبل الثبوت**) ش: أي لا يكون بوطء الزوج الثاني عبرة قبل التطليقات الثلاث ، لأن الحرمة غير ثابتة ، ولا شيء معها ، لأنه لا يتجزأ ثبوتها فلا حرمة قبل الثلاث ، فلا يكون الوطء غاية لها ، وهذا كقوله والله لا أكلم فلانًا في رجب حتى أستشير فلانًا فاستشاره قبل رجب لم يعتبر في حق اليمين ، إذ اليمين أوجب تحريم الكلام بعد رجب إلى غاية الاستشارة فقبل رجب لا حرمة فلا تكون الاستشارة غاية لها .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف م: (**قوله - عليه السلام - «لعن الله المحلل والمحلل له » سماه محللاً**) ش: أي سماه الشارع محللاً ، أي جاعل المحلل حلالاً لا يكون إلا بإثبات الحل فيه م: (**وهو المثبت للحل**) ش: أي للزوج الثاني هو مثبت للحل ، يعني الحل الجديد ، لأنه لا يجوز أن يكون المراد الحل السابق ، لأنه تحصيل الحاصل وهو فاسد ، لأن الحل السابق موجود فيما دون الثلاث فصارت المرأة بالزوج الثاني ملحقة بالأجنبية فلم تحرم على الزوج الأول إلا بثلاث تطليقات ، لأن حكم الحل الجديد هذا وقد ذكر الأترازي أسئلة وأطال الكلام فيه

ملخص كلامه في :

السؤال الأول : منع كون المراد بالمحلل هو الزوج الثاني لعدم ما يدل عليه ، ويجوز أن يكون المراد نكاح المتعة بقرينة اللعن ، لأنه كان مشروعًا ثم انتسخ .

والجواب: أن الذين نقلوا هذا الحديث ثقات حكما فكما يقبل نقلهم في نقل الحديث ، فكذا يقبل نقلهم فيمن جاء فيه الحديث ، وقد أورده في باب ما جاء في الزوج الثاني .

السؤال الثاني: منع كون المراد بالمحلل الزوج الثاني مطلقًا ، لأنه أريد به قبل الطلاق الثلاث، فهو ممنوع ، لأنه غير محلل قبله لوجود الحل ، وإن أريد بعد الثلاث فمسلم لكنه لا يفيد، لأن النزاع فيما دون الثلاث .

والجواب: أن المراد به الزوج الثاني مطلقًا عملاً بإطلاق الحديث ، ولا نسلم نفى كونه محللاً قبل الطلاق الثلاث ، لأنه يثبت حلاً جديدًا ، بحيث لا يحرم عليه إلا بثلاث تطليقات مستقلات، فلا يلزم تحصيل الحاصل .

السؤال الثالث: أن الحديث متروك العمل بالظاهر ، لأن الزوج الثاني بعد الطلقات الثلاث لا يثبت الحل ، ما لم توجد الإصابة . والحديث يثبته مطلقًا ، فكانت الإصابة هي المثبتة للحل دون الزوج الثاني .

والجواب: منع كونه من باب ترك العمل بظاهره ، لأنه من باب التخصيص ، لأن ما قبل الإصابة خرج عن عمومه بحديث العسيلة ، فبقي الثاني على عمومه فيما دون الثلاث .

والسؤال الرابع: أن الحديث إذا كان مقتضيًا للحل الجديد يلزم المعاوضة بقوله تعالى: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ (النساء: الآية ٢٤) ، لأنه يقتضي الحل مطلقًا في عموم الأوقات بالحرمة التي تثبت بثلاث تطليقات مغياة إلى غاية الزوج الثاني ، فإذا انتهت به ثبت الحل الأصلي بالسبب السابق ، فلا حاجة إلى سبب مبتدأ .

والجواب: منع ثبوت الحل بالسبب السابق ، فلا حاجة إلى سبب مبتدأ .

والجواب: منع ثبوت الحل بالسبب السابق عند انتهاء الحرمة من كل بد لجواز ثبوته بسبب آخر إذا دل الدليل عليه ، وقد دل إذ لو كان ثبوت الحل بالسبب السابق لم يكن الزوج الثاني محللاً ، وقد سماه رسول الله ﷺ محللاً .

وها هنا سؤال آخر ذكره تاج الشريعة مع جوابه ، وهو أن المحلل هو الذي يثبت الحل ، وإثبات الحل يقتضي عدمه ، إذ إثبات الثابت محال .

وإذا طلقها ثلاثًا : فقالت :قد انقضت عدتي، وتزوجت ، ودخل بي الزوج الثاني، وطلقني، وانقضت عدتي ، والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج الأول أن يصدقها إذا كان في غالب ظنه أنها صادقة لأنه معاملة أو أمر ديني لتعلق الحل به ، وقول الواحد فيهما مقبول ، وهو غير مستنكر إذا كانت المدة

والجواب : أن إثبات الثابت إنما لا يعتبر إذا لم يفد ، أما إذا أفاد فيعتبر ، ألا ترى أن بيع الإنسان ماله بماله لا يفيد ، وكذا شراؤه بماله ، أما إذا أفاد فيعتبر كما إذا اشترى ماله من المضارب قبل أن يظهر فيه ربح ، وإن كان ماله لما أنه يفيد ملك التصرف .

م: (**وإذا طلقها ثلاثًا فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي الزوج الثاني، وطلقني، وانقضت عدتي، والمدة تحتمل ذلك**) ش: هذا من مسائل القدوري -رحمه الله تعالى-، والمراد من قوله: ودخل بي الزوج الثاني والمدة التي تحتمل ذلك تأتي عن قريب م: (**جاز للزوج الأول**) ش: جواب إذا م: (**أن يصدقها إذا كان في غالب ظنه أنها صادقة**) .

قال الأترازي: كلامه يوهم بأن إخبارها مقبول وإن لم تكن عدلاً ، لأنه أطلق في التعليل ، وليس الأمر كذلك ، فإن الرواية منصوصة في آخر كتاب «الإحسان » ، بأن الزوج الأول لا بأس عليه أن يتزوجها إذا كانت عنده ثقة أو وقع في قلبه أنها صادقة ، انتهى .

قلت: استدلاله برواية كتاب «الاستحسان» يرد عليه قوله : وليس الأمر كذلك، لأنه ذكر فيه كونها ثقة أو وقوع صدقها في قلبه ، وقد صرح بذلك القدوري بقوله: إذا كان في غالب ظنه أنها صادقة ، وتعليله مقيد بهذا الوجه ، وليس بمطلق حتى يترتب عليه الوهم الذي ذكره .

م: (**لأنه**) ش: أي لأن النكاح م: (**معاملة**) ش: لكون البضع متقومًا عند الدخول ، وإذا كان معاملة فخبر الواحد مقبول فيها بشرط التمييز كالولايات والمضاربات والإذن في التجارة م: (**أو أمر ديني لتعلق الحل به**) ش: أي بالنكاح ، ويقبل قولها فيه أيضًا كما أخبرت بنجاسة الماء وطهارته وروت حديثًا م: (**وقول الواحد فيهما مقبول**) ش: أي في المعاملة والأمر الديني ، أما في الديانات فلأن الصحابة كانوا يقبلون خبر العدل من غير اشتراط العدد، وأما في المعاملات فعلى نوعين :

الأول: هي التي ليس فيها معنى الإلزام كالوكالات ونحوها كما ذكرنا ، فيعتبر فيها خبر مميز عدلاً كان أو فاسقًا ، صبيًا كان أو بالغًا ، مسلمًا كان أو كافرًا ، حرًا كان أو عبدًا ، ذكرًا كان أم أنثى من غير اشتراط العدد والعدالة دفعًا للضرورة .

النوع الثاني: الذي فيه إلزام من حقوق العباد ، فيشترط فيه العدد والعدالة وتعيين لفظ الشهادة ، لأنها تبنى على المنازعة فاحتيج إلى زيادة التوكيد دفعًا للتزوير والحيل .

م: (**وهو غير مستنكر**) ش: أي إخبار المرأة المذكورة غير أمر مستنكر فيه م: (**إذا كانت المدة**

تحمله . واختلفوا في أدنى هذه المدة، وسنبينها في باب العدة إن شاء الله تعالى .

تحمله) ش: أي إذا كانت المدة التي ذكرتها تحتمل ذلك؛ لأن القول قول الأمين فيما لا يستنكر م: (واختلفوا في أدنى هذه المدة) ش: أي اختلف أبو حنيفة وصاحباه في أدنى المدة التي تصدق المعتدة في انقضاء العدة .

واعلم أن الفقهاء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم اختلفوا في المدة التي تصدق المرأة في انقضاء عدتها على أقوال :

الأول: قال أبو حنيفة : أقلها شهران وثلاث حيض بشهر وطهران بشهر وثلاثة أطهار بخمسة وأربعين يومًا وثلاث حيض بخمسة عشر يومًا كل حيضة خمسة أيام .

الثاني: قال أبو يوسف ومحمد : تسعة وثلاثون يومًا طهران بثلاثين وثلاث حيض بتسعة اعتبارًا لأقل الحيض .

الثالث: قال شريح : لو ادعت أنها حاضت ثلاث حيض في شهر أو في خمسة وثلاثين يومًا فجاءت ببينة من النساء العدل من بطانة أهلها أنها رأت الحيض وتغتسل عند كل صلاة وتصلي فقد انقضت عدتها .

الرابع: قال الشافعي : إنها تصدق في أقل من اثنين وثلاثين يومًا ، هذا مذهبه أو قول منه ذكره ابن المنذر .

الخامس: قال أبو ثور : لا تصدق في أقل من سبعة وأربعين يومًا على أن أقل الحيض يوم ، وأقل الطهر خمسة عشر يومًا .

السادس: قال مالك : أربعون يومًا ، ذكره في « الجواهر » .

السابع: قال إسحاق بن راهويه وأبو عبيد : إن لها أقراء معلومة يعرفها بطانة أهلها تصدق على ما تشهد به وإلا تصدق في أقل من ثلاثة أشهر .

الثامن: قال الحنابلة : أقله تسعة وعشرون يومًا قالوا هذا إن قلنا أقل الطهر عشرة أيام .

فإن قلنا: خمسة عشرة يومًا يزاد أربعة أيام فيكون ثلاثة وثلاثين . وإن قلنا : أقل الطهر ثلاثة عشر يومًا يزاد على ذلك أربعة أيام فيصير اثنين وثلاثين وصارت الأقوال فيه إحدى عشر يومًا .

م: (وسنبينها في باب العدة إن شاء الله تعالى) ش: أي سنبين تلك العدة في باب العدة . وقال الأترازي : هذا وعد لم يتحقق بالإنجاز . وقال السغناقي : في الحوالة وقعت غير رابحة ، لأنه ما قال في عدة هذا الكتاب حتى تقع الحوالة غير رابحة . قال الأكمل في رد كلام السغناقي في الحوالة ورد من حيث اللفظ والمعنى . أما الرد فلأن مثل هذا يسمى وعدًا لا حوالة ، فكان ينبغي

....

أن يقول : وعد غير منجز ، وأما المعنى فإنه لم يقل في باب العدة من هذا الكتاب ، فيجوز أن يكون وعده منجزاً في باب العدة من كتاب آخر ، انتهى .

قلت : الذي من جهة المعنى أخذه من شيخه الكاكي ، ومع هذا لم يجب أحد منهم عن هذا، ويمكن أن يقال : إنه وعد ، ولكنه ذهل عن وفائه بسبب اشتغاله بغيره من الكتب .

* * *

باب الإيلاء

إذا قال الرجل لامرأته : والله لا أقربك ، أو قال : والله لا أقربك أربعة أشهر فهو مول؛

م: **(باب الإيلاء)**

ش: أي هذا الباب باب في حكم الإيلاء ، وهو مصدر من آلى يولي إيلاء ، أي حلف ، والاسم الألية . قال الكاكي : الإيلاء والألية اليمين لغة ، [. . .] وجمع الألية أليات كركبة ركبات . وقال الجوهري : الإيلاء لا يرد ، بمعنى حلف ، والألية اليمين لغة على فعيلة ، والجمع الإلياء ، وكذلك الألؤة بتثليث الهمزة . قلت : أصل الإيلاء الأولاء قلبت الواو ياء لسكونها وانكسار ما قبلها . وفي المرغيناني : الحلف على الامتناع والحلف اليمين على الفعل والقسم اليمين فيهما .

ثم للإيلاء تفسير شرعًا وهو الحلف على ترك قربان المنكوحة أربعة أشهر فصاعدًا ، وشرط : وهو كون اليمين معقودًا على المنكوحة ، وأهل : وهو أن يكون من أهل الطلاق ، وحكم : وهو تعلقه بالحنث المتعلق بالكفارة ، ومدة : وهي أربعة أشهر عند الجمهور ، على ما يأتي الخلاف فيه ، وسبب : هو قيام المشاجرة وعدم الموافقة كما في سبب الطلاق الرجعي .

وقال الأترازي : كان القياس أن يذكر الخلع قبل الإيلاء ، لأن الخلع نوع من الطلاق ، إلا أنه لما كان لغرض تباعد عن الطلاق فأخر عن الإيلاء ، وقدم الخلع عن الظهار ، لأن الظهار منكر من القول وزور ، وليس الخلع كذلك ، ثم قدم الظهار على اللعان ، لأن الظهار أقرب إلى الإباحة من اللعان ، بدليل أن سبب اللعان وهو القذف بالزنا لو أضيف إلى غير الزوجة يجب الحد ، والموجب للحد معصية محضة بلا شائبة لأحد .

م: **(إذا قال الرجل لامرأته والله لا أقربك ، أو قال : والله لا أقربك أربعة أشهر فهو مول)** ش: أصله مولي فأعل إعلال قاض ، وهنا صورتان ، وهما : قوله : والله لا أقربك أبدًا ففيها هو مول إجماعًا ، والثاني قوله : لا أقربك أربعة أشهر ففيها هو مول عندنا ، خلافًا للشافعي ومالك وأحمد وإسحاق ، فإن عندهم لا يكون موليًا حتى يحلف على أكثر من أربعة أشهر بناء على أن الفيء عندهم بعد أربعة أشهر فلا بد من مدة زائدة على أربعة أشهر حتى يزيد يومًا عند مالك ولحظة عند الشافعي ، ويرد قولهم ظاهر القرآن حيث لم يجعل التربص أكثر من أربعة أشهر وعشرًا في عدة الوفاة وثلاثة قروء في عدة الطلاق ، فلا يجوز الزيادة في هذين التربصين ، فكذا في مدة الإيلاء .

ثم اعلم أن عند الأئمة الأربعة وأصحابهم والجمهور الإيلاء لا يكون بغير يمين ولا تعليق ، وعند ابن المسيب ويزيد بن الأصم من ترك جماع امرأته بغير يمين يصير موليًا ، نقله الرازي في «أحكام القرآن» ، وعن بعض العلماء لو حلف لا يكلمها يكون موليًا ، وهذا كله شاذ مخالف

لقوله تعالى :﴿ للذين يؤلون مـن نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فـاءوا﴾ ... الآية (البقرة : الآية ٢٢٦)، فإن وطئها في الأربعة الأشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة ،لأن الكفارة موجب الحنث . وسقط الإيلاء ؛لأن اليمين ترتفع بالحنث، وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطليقة بائنة. وقال الشافعي -رحمه الله -: تبين منه بتفريق القاضي ؛

للنص .

م : (**لقوله تعـالى : ﴿ للذين يؤلون من نسائهم تربـص أربعة أشهـر فإن فاءوا﴾ ... الآية (البـقرة: الآية ٢٢٦**) ش: أي اقرءوا ، تمام الآية وهو **﴿فإن الله غفور رحيم ﴾** وبعدها : **﴿وإن عزموا الطلاق فإن الله غفـور رحيم ﴾** وبعـدها : **﴿ وإن عزمـوا الطلاق فإن الله سـميع عليم﴾** قـال الواحدي في كتاب «أسباب نزول القرآن» بإسناده إلى عطاء عن ابن عبـاس -رضي الله تعالى عنه- قـال : كـان إيلاء أهل الجاهلية السنة والسنتين أو أكثر من ذلك فوقته الله تعالى أربعة أشهر ، فمن كـان إيلاؤه أقل من أربعة أشهر فليس بإيلاء ، ثم حكي عن ابن المسيب أنه قال : كان الإيلاء ضرار أهل الجاهلية ، كـان الرجل لا يريد المرأة ولا يحب أن يتزوجهـا غيره ، فيحلف أن لا يقربهـا أبدًا، وكـان تركـهـا كـذلك لا أيمًا ولا ذات بعل، فـجعل الله تعالى الأجل به ما عند الرجل في المرأة أربعـة أشـهـر ، وأنزل : **﴿للذين يؤلون من نسائهم ﴾** ... الآية .

م: (**فإن وطئـها في الأربعة الأشـهر حنث في يمينه ولزمتـه الكفارة**) ش: أي كـفارة اليـمين م: (**لأن الكفارة موجب الحنث**) ش: والإيلاء حلف ، وقد حنث فيه فتلزمه الكفارة في« المبسوطين» . قال الشافعي : لا كفارة عليه، ويحنث في يمينه ، لأن الله تعالى وعد المغفرة وفعل ما صار مغفورًا لا تجب[فيه] الكفارة . قلنا : المغفرة في الآخرة ، فلا ينافي وجوب الكفارة في الدنيا، ولكن هذا في قوله القديم ، وفي الجديد تجب الكفارة وهو الأصح كـمذهبنا، وبه قال مالك وأحمد والجمهور . وقال الحسن البصري : لا كفارة عليه في ذلك ، وقال قتادة : خالف الحسن الناس .

م: (**وسقط الإيلاء ؛ لأن اليمين ترتفع بالحنث**) ش: وهذا بالإجماع م: (**وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشـهر بانت منه بتطليـقة بائنة**) ش: وهو قـول جابر بن زيد ومسروق وشريح وعطاء والحسن البصري وإبراهيم النخعي وعامر الشعبي وعبد الرحمن الأوزاعي وسفيان الثوري وقبيصة بن ذؤيب وعكرمة وعلقمة وابن جريج وابن أبي ليلى . وفيهم من قال : يقع طلقة رجعية ، وهو قول سعيد بن المسيب وأبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام ومكحول والزهري ، هكذا في «الأشراف » وفي« المحلى»: هذا عن ثلاثة لا غير ، وهم الزهري ومكحول وأبي بكر المذكور .

م: (**وقال الشـافعي : تبين منه بتفـريق القاضي**) ش: يعني يتـوقف بعد مضـي المدة ، وإذا أبى من الفيء والفرقة فرق القاضي بينهما إذا طلبت المرأة كان تفريقها تطليقة رجعية ، وفي «المبسوط» : تطليـقة بائنة . قال الكاكي : وما وجدت ذلك في كتبهم إلا عند مالك لا رجعة له عليهـا إلا أن

لأنه مانع حقها في الجماع ، فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة . ولنا أنه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة، وهو المأثور عن عثمان ، وعلي، والعبادلة الثلاثة ،

يطأها، ولا يطلقها الحاكم ثنتين أو ثلاثًا أو يفسخ النكاح . وقال أحمد : للحاكم أن يطلقها رجعية أو بائنة أو ثنتين أو ثلاثًا أو يفسخ النكاح ، والمختار عنده أن يطلقها رجعية كما قال الشافعي ومالك، وقالت الظاهرية : لا يطلق الحاكم تطليقة بائنة، ولكن يجبره بسوط ويحبسه إلى أن يفيء ويطلقها، وبه قال الشافعي في القديم، وقال أبو ثور : يطلقها الحاكم طلقة بائنة إذ لا فائدة في الرجعة ، فإنه لا يراجعها ويعود الأمر فصار كفرقة العنة .

م: (**لأنه**) ش: أي لأن المولي م: (**مانع حقها في الجماع**) ش: أي ثبوت الإيلاء بقصده الإضرار والتعنت منع حقها في الجماع م: (**فينوب القاضي منابه في التسريح**) ش: بالإحسان م: (**كما في الجب والعنة**) ش: أي ينوب القاضي منابه في التفريق فيما إذا وجدت زوجها مجبوبًا أو عنينًا. وجه القياس : دفع الضرر عنها عند فوت الإمساك بالمعروف .

م: (**ولنا أنه ظلمها بمنع حقها**) ش: والمستحق عليه وهو الوطء في المدة م: (**فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة**) ش: تخليصًا لها عن ضرر التعليق ولا يجعل التخلص بالرجعي فوقع بائنًا، ولأن الإيلاء كان طلاقًا بائنًا على الفور في الجاهلية ، بحيث لا يقربها الزوج بعد الإيلاء أبدًا فجعله الشرع مؤجلاً بقوله تعالى : ﴿**تربص أربعة أشهر**﴾ إلى انقضاء المدة ، فحصلت الإشارة إلى أن الواقع بالإيلاء بائن لكنه مؤجل.

م: (**وهو المأثور**) ش: أي مذهبنا ، وهو وقوع البينونة بعد مضي مدة الإيلاء مروي م: (**عن عثمان وعلي**) ش: أما المأثور عن عثمان فقد رواه عبد الرزاق في مصنفه حدثنا معمر عن عطاء الخراساني عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أن عثمان بن عفان وزيد بن ثابت-رضي الله تعالى عنهما- كانا يقولان في الإيلاء إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة واحدة، وهي أحق بنفسها، وتعتد عدة المطلقة م: (**والعبادلة الثلاثة**) ش: وهم عند الفقهاء عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر - رضي الله تعالى عنهم - ، وعند المحدثين هم أربعة : ابن عمر ، وابن عباس ، وابن الزبير ، وابن عمرو ، ولم يذكروا فيهم عبد الله بن مسعود ، لأنه من كبار الصحابة ، فلا يدخل فيهم ، كذا في «المغرب» .

وقال الأترازي : وفيه نظر ، لأن مالكًا حدث في «الموطأ» عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي بن أبي طالب - رضي الله تعالى عنه - أنه كان يقول : إذا آلى رجل من امرأته لم يقع عليه الطلاق . فإن مضت الأربعة الأشهر حتى توقف، فإما أن يطلق، وإما أن يفيء، وكذلك روى البخاري في «الصحيح» أنه لا يقع الطلاق، حتى يطلق، ونقل ذلك عن عثمان وعلي وابن عمر

وزيد بن ثابت رضوان الله عليهم أجمعين ، وكفى بهم قدوة ، ولأنه كان طلاقاً في الجاهلية ، فحكم الشرع بتأجيله إلى انقضاء المدة.فإن كان حلف على أربعة أشهر. فقد سقطت ؛ لأنها كانت مؤقتة به . وإن كان حلف على الأبد فاليمين باقية ؛ لأنها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به ، إلا أنه لا يتكرر الطلاق

وأبي الدرداء وعائشة ، واثني عشر رجلاً من أصحاب النبي ﷺ ، فعلم أن عثمان وعلي وابن عمر ليس كما قال صاحب «الهداية» ، على ما قال البخاري. انتهى . قلت: روى ابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا أبو معاوية عن الأعمش عن حبيب عن سعيد بن جبير عن ابن عباس وابن عمر - رضي الله تعالى عنهم - . وقالا : إذا آلى فلم يف حتى مضت أربعة أشهر فهي تطليقة بائنة ، وأخرج نحوه عن ابن الحنفية ، والشعبي ، والنخعي، ومسروق ، والحسن ،وابن سيرين ، وقبيصة، وسالم ، وأبي سلمة -رضي الله تعالى عنهم - ، انتهى .

قلت: قد علم أن الذي قاله صاحب «الهداية» عن ابن عمر مثل ما قاله ، وكذلك الذي قاله عن عثمان وعلي مثل ما قاله، كما مر الآن عن عبد الرزاق .

م: (**وزيد بن ثابت**) ش: وقد مر الآن عن عبد الرزاق الذي رواه زيد بن ثابت بن الضحاك الأنصاري كاتب وحي النبي ﷺ م: (**وكفى بهم قدوة**) ش: أي وكفى بهم قدوة، أي كفى بالمذكورين من عثمان وعلي والعبادلة وزيد بن ثابت اقتداء، وكذلك غيرهم من الصحابة والتابعين على أصحابنا .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن الإيلاء م: (**كان طلاقًا في الجاهلية ، فحكم الشرع بتأجيله إلى انقضاء المدة**) ش: المذكورة في النص ، فإن فاء في المدة حنث في يمينه وتلزمه الكفارة وإلا تقع طلقة بائنة بمضي المدة كما مر بيانه .

م: (**فإن كان حلف على أربعة أشهر**) ش: أي فإن كان الرجل حلف وقال : والله لا أقربك أربعة أشهر ، وهذا الفصل حكم الإيلاء على تقدير عدم الوطء في المدة ، وهو أن يقال: لا يخلو من أحد الأمرين : أحدهما : أن يحلف على أربعة أشهر فمضت المدة م: (**فقد سقطت اليمين ، لأنها كانت مؤقتة به**) ش: أي يحلف على أربعة أشهر ، والآخر هو قوله: م: (**وإن كان حلف على الأبد**) ش: بأن قال : والله لا أقربك أبدًا، أو قال : والله لا أقربك فقط بدون ذكر الأبد ومضت المدة ووقعت البينونة م: (**فاليمين باقية لأنها مطلقة**) ش: أي لأن اليمين مطلقة عن الوقت ، فكان مؤبداً م: (**ولم يوجد الحنث**) ش: يعني الموجب للحنث، وهو الوطء م: (**لترتفع به**) ش: أي لترتفع اليمين بالحنث، لأنها كانت مؤبدة فبقيت على حالها .

م: (**إلا أنه لا يتكرر الطلاق**) ش: استثناء من قوله : واليمين باقية لعدم الحنث، حتى وجد

قبل وجود التزوج ، لأنه لم يوجد منع الحق بعد البينونة. فإن عاد فتزوجها عاد الإيلاء ، فإن وطئها وإلا وقعت بمضي أربعة أشهر أخرى ، لأن اليمين باقية لإطلاقها ، و بالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم، ويعتبر ابتداء هذه المدة من وقت التزوج . فإن تزوجها ثالثًا عاد الإيلاء ووقعت بمضي أربعة أشهر أخرى إن لم يقربها لما بيناه .

الوطء بعد الوطء يلزمه الكفارة ، لكنه لا يتكرر الطلاق بمضي المدة الأخرى .

م: **(قبل وجود التزوج)** ش: وإن كانت في العدة **بأن** كانت ممتدة الطهر مثلاً . قال الكاكي : هذا احتراز عن قول أبي سهل البرعي ، فإنه قال : ينعقد اليمين بعد مضي أربعة أشهر أخرى قبل انقضاء عدتها وتقع تطليقة بمضيها ، وكذا الثالثة لأن معنى الإيلاء كلما مضت أربعة أشهر ولم أقربك فيها فأنت طالق . ولو صرح بها كان الحكم فيه ما بيناه ، فكذا هذا .

وقال الأترازي : وقال الشيخ النسفي في «شرح الجامع الكبير» : ولا نص في هذه المسألة يعني عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد . واختلف مشايخنا فيها : كان الشيخ أبو بكر الأعمش ، والفقيه محمد بن إبراهيم الميداني ، والفقيه الجليل ابن أحمد العياضي ، والشيخ أبو الحسن الكرخي ، والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل ، والفقيه أبو إسحاق الحافظ يقولان : لا يتكرر الطلاق على المولى منها ، وإن تكررت المدة وهو في العدة . وقال الفقيه ابن سهل : يتكرر الطلاق بتكرر المدة ، وقدمنا كلامه .

فأما وجه هؤلاء فقد أشار إليه المصنف بقوله م: **(لأنه لم يوجد منع الحق بعد البينونة)** ش: إذ لا حق لها في الجماع بعد البينونة ، فلا يكون الرجل ظالمًا م: **(فإن عاد فتزوجها)** ش: أي وإن عاد هذا الرجل المولي وتزوج هذه المرأة بعد البينونة بمضي أربعة أشهر ، وبعد انقضاء عدتها م: **(عاد الإيلاء ، فإن وطئها)** ش: في المدة م: **(وإلا وقعت بمضي أربعة أشهر)** ش: طلقة م: **(أخرى، لأن اليمين باقية لإطلاقها وبالتزوج ثبت حقها)** ش: وهو الوطء ، وقد منع الزوج ذلك لبقاء يمينه م: **(فيتحقق الظلم)** ش: فيؤول بالطلاق البائن م: **(ويعتبر ابتداء هذه المدة)** ش: أي مدة الإيلاء الثاني م: **(من وقت التزوج)** ش: قيل هذا احتراز عما إذا تزوجها قبل انقضاء العدة فإن ذلك الإيلاء يعتبر من وقت الطلاق لا من وقت التزوج ، كذا ذكره التمرتاشي .

م: **(فإن تزوجها ثالثًا)** ش: قال الأترازي : وفي بعض النسخ ثانيًا ، ولكل وجه .

أما الأول : فبالنظر إلى التزوج قبل الإيلاء .

وأما الثاني : فبالنظر إلى التزوج بعد الإيلاء م: **(عاد الإيلاء ووقعت بمضي أربعة أشهر أخرى)** ش: أي طلقة أخرى م: **(إن لم يقربها لما بيناه)** ش: أشار به إلى قوله ، لأن اليمين باقية لإطلاقها ، وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم .

فإن تزوجها بـعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق لتقيده بطلاق هذا الملك ،وهـي فرع مسألة التخيير الخلافـية، وقد مر من قبل . واليمين باقية لإطلاقها وعدم الحنـث فإن وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث ، فإن حلف على أقل من أربعة أشهـر لم يكن موليًا ؛ لقول ابن عباس -رضي الله عنه-: لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر،

م: (**فإن تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الإيلاء طلاق لتقيده بطلاق هذا الملك**) ش: لأنه بمنزلة التعليق بعدم القربان ، وتعليق الطلاق ينحصر في طلاق ذلك الملك الذي حصل فيه التعليق م: (**وهي**) ش: أي هذه المسألة م: (**فرع مسألة التخيير الخلافية**) ش: فإنه يبطل التعليق عندنا ، خلافًا لزفر م: (**وقد مر من قبل**) ش: أي في باب الأيمان في الطلاق م: (**واليمين باقية لإطلاقها**) ش: أي لإطلاق اليمين ، فتكون باقية بعد الطلاق الثالث م: (**وعـدم الحنث**) ش: بالجر عطف على إطلاقـها ، أي لإطلاق اليمين فتكون باقية بعد الطلاق الثالث وعدم الحنث بالجر عطف على إطلاقها أي ولعدم الحنث ، إذ الكلام فيما إذا لم يطأها ، قال في «المبسوط» : وإذا آلى الرجل من امرأته لا يقربها ثم طلقها يبطل الإيلاء عندنا ، خلافًا لزفر ، ولأن الإيلاء طلاق مؤجل ، فإنما ينعقد على التطليقات المملوكة ، ولم يبق شيء منها بعد وقوع الثلاث عليها ، وكذا لو بانت بالإيلاء ثلاث مرات ثم تزوجها بعد زوج آخر يكون موليًا إلا عند زفر . وأما الكفارة عند الوطء فلبقاء اليمين ، وإطلاقها وجود الحنث .

م: (**فإن وطئها كـفر عن يمينه لوجود الحنث**) ش: فاليمين انحلت ووجبت الكفارة م: (**فإن حلف على أقل من أربعة أشهر**) ش: بأن يقول لا أقربك شهرًا وهو وضع« المبسوط» ، أو قال : لا أقربك شهرين أو ثلاثة أشهر م: (**لم يكن موليًا**) ش: وبه قال الأئمة الأربعة ، وأكثر العلماء منهم سعيد بن جبير ، وطاووس ، والأوزاعي ، وأبو ثور ، وأبو عبيد ، واختاره ابن المنذر وهو نص القرآن .

وقال إبراهيم النخعي وقتادة وحماد وابن أبي ليلى وإسحاق : من حلف على قليل المدة أو كثيرها فتركها أربعة أشهر فهو مول ، وتضرب تلك المدة بثلاثة ، وبه قالت الظاهرية ، وفي التحرير فكان أبو حنيفة -رضي الله تعالى عنه- يقول به ، ثم رجع إلى قول ابن عباس لما صح عنده .

م: (**لقول ابن عبـاس -رضي الله تعالى عنهما -: لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر**) ش: قال في الأصل : بلغنا ذلك عن ابن عباس ، كذا نقله الأترازي واكتفى به ، وغيره من الشراح سكتوا عن تخريجه ، والأخصام لا يرضون بذلك .

قلت: روى هذا ابن أبي شيبة في «مصنفه»[من] حديث علي بن مسهر عن سعيد عن عامر الأحول عن عطاء عن ابن عباس قال : إذا آلى من امرأته شهرًا أو شهرين أو ثلاثة ما لم يبلغ الحد فليس بإيلاء . وأخرج نحوه عن عطاء وطاووس وسعيد بن جبير والشعبي .

ولأن الامتناع عن قربانها في أكثر المدة بلا مـانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه . ولو قال : والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فـهو مول ؛لأنه جمع بينهما بحرف الجمع ، فصار كالجمع بلفظ الجمع،

فإن قيل : فتوى ابن عباس مخالفة للنص ظاهرًا، لأنه تعالى أطلق الإيلاء وقيد التربص بمدة، وذلك يقتضي أن من آلى من امرأته ولو مدة يسيرة كيوم أو ساعة يلزمه تربص أربعة أشهر، فالتقييد بمدة زيادة على النص، وهو لا يجوز بفتوى ابن عباس.

وأجيب : بأن فتواه تفسيرًا للنص لا لتقييده ، لأن الرأي لا دخل له في المقدرات الشرعية .

م: (**ولأن الامتناع عن قربانها في أكثر المدة بلا مانع**) ش: خبر لأن ، أي لأن الامتناع عن القربان حاصل بلا مانع ، وأراد بالمانع اليمين بيانه أن المولي من ترك قربانها في المدة، ويلزم شيء ، وهنا يتمكن من قربانها بمضي الشهر من غير شيء، فلم يكن موليًا، كما لو ترك مجامعتها في المدة من غير يمين ، كذا في «المبسوط». وقال الأترازي : وقيل: أكثر المدة ليس بتقدير لازم ، لأن الامتناع عن القربان بلا مانع ربما يكون في أقل المدة بأن حلف لا يقربها ثلاثة أشهر مثلاً ، فبعد مضي ثلاثة أشهر يبقى شهرًا آخر إلى تمام المدة، والامتناع فيه بلا مانع لا محالة، فلو قال صاحب« الهداية» - رحمه الله تعالى- في بعض المدة بدل قوله : في أكثر المدة لكان أولى، لأن البعض أعم وأشمل. وقال الكاكي في قوله : أكثر المدة ، أي مدة الإيلاء هو مثلاً بثلاثة أشهر قوله بلا مانع وهو لزوم شيء . قيل: هو مشكل لجواز أن يحلف على ثلاثة أشهر، فلا يكون الامتناع عن القربان في أكثر المدة بلا مانع ، وأجيب عنه: أن وضع المسألة في الأصل فيمن حلف لا يقربها شهرًا فعند الجمهور لا يكون موليًا . وعند أبي ليلى يكون موليًا حتى لو لم يقربها أربعة أشهر تطلق، وقال في جوابه: الامتناع عن القربان في أكثر المدة بلا مانع ، لأن المانع وهو اليمين معدوم في ثلاثة أشهر من هذه المدة. وقيل : المراد بالأكثر أربعة أشهر وهو جمع المدة ، سماها أكثر باعتبار هذا الحلف، لأنها أكثر منها، وإذا كان كذلك فلا شك أن المانع غير موجود في جميع الصور التي دون تلك المدة. وإن وجد المانع في البعض لانتفاء المجموع بانتفاء البعض، وهذا ضعيف، وإنما يصح أن لو قال أكثر المدتين ، كذا في «الكافي». وقيل: لفظ الأكثر وقع مقحمًا .

م: (**وبمثله**) ش: أي ومثل هذا الامتناع وهو بلا مانع يمين م: (**لا يثبت حكم الطلاق فيه**) ش: لأنه يمكنه القربان في بعض المدة بلا شيء فلا يتحقق الإيلاء.

م: (**ولو قال : والله لا أقـربك شهـرين وشهرين بعـد هذين الشهـرين فهو مـول؛ لأنه جمع بينهـما بحرف الجمع**) ش: وهو الواو م: (**فصار كالجمع بلفظ الجمع**) ش: وفي بعض النسخ م: (**فصار كجمعه**) ش:أي كجمع المولي بلفظ الجمع ، أي فصار كأنه قال : لا أقربك أربعة أشهر ، فيكون موليًا، وما حكي فيه خلاف . ولهذا لو قال : لا أكلمك يومًا ويومين يصير مدة اليمين ثلاثة أيام ، وكذا لو

ولو مكث يومًا ثم قال : والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الأولين لم يكن موليًا ؛ لأن الثاني إيجاب مبتدأ ،وقد صار ممنوعًا بعد اليمين الأولى بشهرين ، وبعد الثانية أربعة أشهر إلا يومًا مكث فيه ، فلم تتكامل مدة المنع. ولو قال : والله لا أقربك سنة إلا يومًا لم يكن موليًا ،خلافًا لزفر، وهو يصرف الاستثناء إلى آخرها اعتباراً

قال: بعت هذا إلى شهرين وشهرين كان الأجل شهرين كذا في «قاضي خان». وفي «جوامع الفقه» قال : والله لا أقربك شهرين وشهرين قبل شهرين، أو قال : وشهرين بعد شهرين ، فهو كقوله أربعة أشهر .

م: (**ولو مكث يومًا**) ش: صرح قاضي خان يومًا أو ساعة، وكذا صرح المحبوبي ساعة، وقيل: تكرير اليمين في مجلسين أو مجالس، وهما أقل من يوم متحد يخير عند أبي حنيفة وأبي يوسف، فقيد مكثه بيوم لتكون المسألة اتفاقية م: (**ثم قال : والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الأولين لم يكن موليًا**) ش: وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور م: (**لأن الثاني**) ش: أي الكلام الثاني م: (**إيجاب مبتدأ**) ش: أي إيجاب يمين مبتدأ م: (**وقد صار ممنوعًا بعد اليمين الأولى بشهرين ، وبعد الثانية**) ش: أي اليمين الثانية م: (**أربعة أشهر إلا يومًا مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع**) ش: فلا يكون موليًا . والأصل في ذلك أنه إذا لم يعد اسم الله تعالى في المعطوف ولا حرف النفي، ولم يمكث بينهما ساعة دخل المعطوف في حكم المعطوف عليه، كما في المسألة الأولى . وأما إذا فات أحد الأمور المذكورة فقد كان إيجابًا مبتدأ وعلى هذا لا يكون في المسألة الثانية موليًا لفوات الأمور الثلاثة لوجود المكث يومًا، إعادة اسم الله وحرف النفي، فقد صار ممنوعًا إلى آخر ما ذكره المصنف، وإذا لم يكن موليًا هنا يكون كلامه يمينين مستثنيين ، ويلزمه بالقربان كفارتان .

م: (**ولو قال : والله لا أقربك سنة إلا يومًا لم يكن موليًا**) ش: في حق وقوع الطلاق، ولكن لو قربها في هذه المدة تلزمه الكفارة ، قاله تاج الشريعة. وقال الأترازي : المراد من قوله: لم يكن موليًا أي في الحال، لأنه يكون موليًا إذا قربها يومًا ومضى ذلك اليوم بغروب الشمس، وبقي بعده، أي تمام السنة أربعة أشهر فصاعدًا . فإن لم يبق أربعة أشهر لا يكون موليًا إلا إذا قربها مرة فبقي بعد القربان في السنة أربعة أشهر فصاعداً، وعلى ذلك نص في «المبسوط »و «شرح الطحاوي» .

م: (**خلافًا لزفر**) ش: فإنه يكون موليًا عنده، وبه قال الشافعي. وذكر شمس الأئمة البيهقي في كتاب « الشامل» فيه قياس واستحسان . وقال : يصير موليًا قياسًا، ولا يصير موليًا استحسانًا، ولم يذكرهما الحاكم في «الكافي» وشمس الأئمة السرخسي في مبسوطه ، وهو«شرح الكافي» ، وكذا لم يذكرهما في «شرح الطحاوي» وغير ذلك م: (**وهو**) ش: أي زفر م: (**يصرف الاستثناء**) ش: وهو قوله : إلا يومًا م: (**إلى آخرها**) ش: أي إلى آخر السنة م: (**اعتباراً**

بالإجارة تمت مدة المنع . ولنا أن المولي من لا يمكنه القربان أربعة أشهر إلا بشيء يلزمه ، وهاهنا يمكنه ، لأن المستثنى يوم منكر بخلاف الإجارة ؛ لأن الصرف إلى الآخر لتصحيحها فإنها لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين. فإن قربها في يوم والباقي أربعة أشهر أو أكثر صار موليًا لسقوط الاستثناء . ولو قال وهو بالبصرة والله لا أدخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليًا ؛ لأنه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالإخراج من الكوفة . قال : ولو حلف بحج

بالإجارة) ش: أي كما إذا آجر داره سنة إلا يومًا ، ولهذا لو قال : والله لا أقربك السنة إلا نقصان يوم، يصرف اليوم إلى آخر السنة بالاتفاق، م: (**تمت مدة المنع**) ش: أي فيصرف الاستثناء إلى آخر السنة تتم مدة المنع .

م: (**ولنا أن المولي من لا يمكنه القربان أربعة أشهر إلا بشيء يلزمه وهنا يمكنه**) ش: أي يمكن المولي هنا قربان المرأة بلا شيء يلزمه في يوم واحد، أي يوم كان من أيام السنة فلا يكون موليًا ، وبين هذا بقوله م: (**لأن المستثنى يوم منكر**) ش: مجهول شائع في فصول السنة ، فلا يعتبر صرفه إلى آخر السنة إجراء لكلامه على حقيقته ، لأن اليمين مع الجهالة لا يصح بلا ضرورة أن يراد به آخر السنة م: (**بخلاف الإجارة ؛ لأن الصرف**) ش: أي صرف اليوم م: (**إلى الآخر**) ش: أي إلى آخر السنة م: (**لتصحيحها**) ش: أي لتصحيح الإجارة م: (**فإنها**) ش: أي فإن الإجارة م: (**لا تصح مع التنكير**) ش: لعدم حصول المقصود، وهو التمكن من استيفاء المنفعة .

م: (**ولا كذلك اليمين**) ش: لأنها تصح مع الجهالة كما ذكرنا ، فافترقت المسألتان م: (**فإن قربها في يوم**) ش: وفي بعض النسخ ولو قربها في بعض يوم، أي في المسألة المذكورة م: (**والباقي أربعة أشهر أو أكثر صار موليًا لسقوط الاستثناء**) ش: وقد مر الكلام فيه عن قريب .

م: (**ولو قال وهو بالبصرة**) ش: أي والحال أنه كان بالبصرة م: (**والله لا أدخل الكوفة وامرأته بها**) ش: أي والحال أن امرأته بالكوفة م: (**لم يكن موليًا، لأنه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالإخراج من الكوفة**) ش: لوكيله أو نائبه قبل مضي أربعة أشهر فيقربها فلا يتحقق معنى الإيلاء . وقال الحاكم الشهيد في «الكافي» : وإن حلف لا يقربها في مكان كذا، أو في مصر كذا أو في أرض العراق لم يكن موليًا، لأنه يقدر أن يخرجها من أرض العراق قبل مضي أربعة أشهر فيطأها بغير حنث .

وقال ابن أبي ليلى : هو مول. وفي «جوامع الفقه» : لو كان في بلد وامرأته في بلد آخر ، وقال : والله لا أدخل وبينهما أقل من ثمانية أشهر لا يصير موليًا لجواز أنها تخرج فيلقيان في أقل من أربعة أشهر. وفي المرغيناني ، وقاضي خان : لو كان بينه وبينها مسيرة أربعة أشهر ففيؤه باللسان، ولم يعتبر خروج كل واحد منهما إلى صاحبه .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ولو حلف بحج**) ش: إن قربتك فعلي حج البيت أو العمرة أو

أو بصوم أو بصدقة أو عتق أو طلاق فهو مول لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء ، وهذه الأجزية مانعة لما فيها من المشقة ، وصورة الحلف بالعتق أن يعلق بقربانها عتق عبده ،وفيه خلاف أبي يوسف-رحمه الله-فإنه يقول يمكنه البيع ، ثم القربان فلا يلزمه شيء ، وهما

المشي إلى بيت الله م: **(أو بصوم)** ش: بأن قال : إن قربتك فعلي صوم سنة م: **(أو صدقة أو عتق)** ش: بأن قال : إن قربتك فعلي عتق رقبة م: **(أو طلاق)** ش: بأن قال : إن قربتك فضرتك طالق م: **(فهو مول)** ش: في كل الصور المذكورة على ظاهر الرواية عن أصحابنا ، ففي بعضها خلاف يأتي إن شاء الله تعالى م: **(لتحقق المنع)** ش: عن القربان م: **(باليمين ، وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الأجزية)** ش: أشار بها إلى الحج والصوم والصدقة والعتق والطلاق م: **(مانعة)** ش: أي مانعة من الشرط ، يعني أن الجزاء الذي في وقوعه مشقة على الحالف مانع من مباشرة الشرط م: **(لما فيها)** ش: أي في الأجزية م: **(من المشقة)** ش: لأنه إذا باشر الشرط يقع الجزاء لا محالة ، فتحصل المشقة ، فيكون الجزاء مانعًا ، وبقولنا قال مالك في الأظهر .

وعنه أن الإيلاء لا يكون إلا باليمين بالله تعالى ، أو بصفاته الذاتية ، كقول الظاهرية ، وقال ابن عباس : كل يمين منعت الجماع فهي إيلاء ، وبه قال الشعبي والنخعي وأهل الحجاز وأهل العراق وأبو ثور وأبو عبيد ، واختاره ابن المنذر .

وقال ابن المنذر : الصحيح في قول الشافعي بمصر أن كل يمين منعت الجماع فهي إيلاء ، وهذا هو الجديد . ولو قال : إن قربتك فعلي صلاة أو صلاة ركعتين أو [. . .] فليس بمول . وقال محمد : مول ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد وزفر والحسن ، وهو قول أبي يوسف أولاً . ولو قال : فعلي اتباع الجنازة أو سجدة التلاوة أو قراءة القرآن أو الصلاة في بيت المقدس ، أو تسبيحة فليس بمول اتفاقًا . ولو قال : فعلي أن أتصدق بكذا على هذا المسكين لم يصح ، لأنه لما عين كان حق العبد ، وكذا في مالي هبة في المساكين لم يصح ، إلا أن ينوي التصدق به .

وفي الخزانة : عن أبي حنيفة قال : إن قربتك فعلي أن أتصدق بهذه الدراهم على هؤلاء المساكين لم يصر موليًا . ولو قال : والله لا أقربك حتى ينزل عيسى بن مريم أو يخرج الدجال أو يأجوج ومأجوج أو الدابة أو تطلع الشمس من مغربها فهو مول استحسانًا ، وهو الصحيح من مذهب الشافعي . ولو قال : والله لا أقربك حتى تصعدي السماء أو حتى يشيب الغراب فهو يصير موليًا .

م: **(وصورة الحلف بالعتق أن يعلق بقربانها عتق عبده)** ش: إنما عين بيان صورة الحلف بقربان امرأته بعتق عبده ، لأن فيه خلافًا لأبي يوسف ، ذكره شمس الأئمة السرخسي في مبسوطه أشار إليه بقوله م: **(وفيه خلاف أبي يوسف ، فإنه)** ش: أي فإن أبا يوسف م: **(يقول : يمكنه البيع)** ش: بأن يبيع عبده م: **(ثم القربان)** ش: أي ثم يمكنه قربان امرأته بعد بيع العبد م: **(فلا يلزمه شيء وهما)** ش:

يقولان البيع موهوم ، فلا يمنع المانعية فيه، والحلف بالطلاق أن يعلق بقربانها طلاقها أو طلاق صاحبتها ،وكل ذلك مانع. وإن آلى من المطلقة الرجعية كان موليًا ، وإن آلى من البائنة لم يكن موليًا ؛ لأن الزوجية قائمة في الأولى دون البائنة،ومحل الإيلاء من تكون من نسائنا بالنص، فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الإيلاء سقط الإيلاء لفوات المحلية. ولو قال لأجنبية: والله لا أقربك أو أنت علي كظهر أمي ثم تزوجها لم يكن موليًا ولا مظاهراً ؛ لأن الكلام في مخرجه وقع باطلاً لانعدام المحلية ، فلاينقلب صحيحًا بعد ذلك . وإن قربها كفر لتحقق الحنث ؛ إذ اليمين منعقدة في حقه .

أي أبو حنيفة ومحمد م: (**يقولان: البيع موهوم**) ش: يعني يحتمل أن يبيع ، ويحتمل أن لا يبيع م: (**فلا يمنع المانعية فيه**) ش: أي في الإيلاء، ولكن إن باع العبد سقط الإيلاء، إلا أنه صار بحال يملك قربانها من غير أن يلزمه شيء، فإن اشتراه لزمه الإيلاء من وقت الشراء، وكذا إن ملكه بإرث خلافًا لمالك . ولو جامعها بعدما باعه ثم اشتراه لم يكن موليًا لسقوط اليمين، لوجود شرط الحنث بعد بيع العبد . فإن مات العبد قبل أن يبيعه سقط الإيلاء، لأنه يمكنه من قربانها بعد موته من غير أن يلزمه شيء .

م: (**والحلف بالطلاق أن يعلق بقربانها طلاق أو صلاق صاحبتها**) ش: ذكر في «شرح الطحاوي» و«المختلف» أن أبا يوسف قال : لا يكون موليًا م: (**وكل ذلك مانع**) ش: أي كل الأجزية المذكورة مانع من الوطء على ما ذكرنا .

م: (**وإن آلى من المطلقة الرجعية كان موليًا**) ش: بإجماع الأئمة الأربعة وجمهور العلماء إلا رواية عن أحمد م: (**وإن آلى من**) ش: المطلقة م: (**البائنة لم يكن موليًا؛لأن الزوجية قائمة في الأولى**) ش: أي في المطلقة الرجعية م: (**دون البائنة**) ش: أي دون المطلقة البائنة م: (**ومحل الإيلاء من أن تكون من نسائنا بالنص**) ش: وهو قوله تعالى : ﴿ **للذين يؤلون من نسائهم** ﴾ (البقرة : الآية ٢٢٦) ، وبعد الإبانة تنتفي الزوجية ، لكنها إذا وطئها تلزمه الكفارة ، إلا أنه ليس بمول في حق الطلاق دون الكفارة ، بخلاف المعتدة الرجعية ، حيث يصح إيلاؤها لقيام الزوجية ، لأن وطأها مباح عندنا م: (**فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الإيلاء سقط الإيلاء لفوات المحلية**) ش: أي لأن محل الإيلاء فات . وقال الحاكم الشهيد في «الكافي» : ولو آلى من أمته أو أم ولده لم يكن موليًا، وإن قربها كفَّر .

م: (**ولو قال لأجنبية : والله لا أقربك، أو أنت عليّ كظهر أمي، ثم تزوجها لم يكن موليًا ولا مظاهرًا ؛ لأن الكلام في مخرجه وقع باطلاً لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحًا بعد ذلك**) ش: أي بعد وقوع الكلام باطلاً م: (**وإن قربها كفر لتحقق الحنث إذ اليمين منعقدة في حقه**) ش: أي في حق الحنث، هذا في قوله : والله لا أقربك لا في قوله : أنت عليّ كظهر أمي، لأن الأولى يمين دون

ومدة إيلاء الأمة شهران لأن هذه المدة ضربت أجلاً للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة .وإن كان المولي مريضًا لا يقدر على الجماع ،أو كانت المرأة مريضة ،أو رتقاء، أو صغيرة لا تجامع، أو كانت بينهما مسافة لا يقدر أن يصل إليها في مدة الإيلاء ففيؤه أن يقول بلسانه فئت إليها في مدة الإيلاء ، فإن قال ذلك سقط الإيلاء .

الثانية .

م: (**ومدة إيلاء الأمة شهران**) ش: حرًا كان زوجها أو عبدًا، وهو قول عمر بن الخطاب-رضي الله تعالى عنه- ، وبه قال الحسن والشعبي وقتادة والنخعي والثوري، وهو رواية عن مالك وأحمد ، والمشهور من مذهب مالك إيلاء العبد شهران على الحرة والأمة ، وهو قول عطاء والزهري وإسحاق، ورواية أحمد . وقال الشافعي وأحمد في ظاهر الرواية عنه وابن المنذر والظاهرية إن الحر والعبد والحرة والأمة سواء، ومدة الكل أربعة أشهر، وبه قال أبو ثور وأبو سليمان، ومدة إيلاء الأمة شهران .

م: (**لأن هذه المدة**) ش: أي مدة الإيلاء م: (**مدة ضربت أجلاً للبينونة، فتتنصف بالرق**) ش: أي بسبب الرق، كما في طلاقها ثنتان وعدتها حيضتان م: (**كمدة العدة**) ش: حيث ينصف الرق وقال الأترازي : لي فيه نظر، أي في تعليل المصنف بقوله مدة ضربت أجلاً، لأن لقائل أن يقول : لا نسلم أن مدة الإيلاء شرعت أجلاً للبينونة، لأن عند مالك والشافعي يكون الزوج مخيرًا بعد انقضاء المدة بين أن يفيء إليها أو يطلق، فإن طلقها يكون له عليها الرجعة ما دامت في العدة، فلا يكون حينئذ مدة الإيلاء أجلاً للبينونة، فلا يصح قياسها على مدة العدة لعدم الجامع بين المقيس والمقيس عليه، وهو كون المدة أجلاً للبينونة، انتهى . قلت: الجامع موجود فيكون الرق منصفًا لحل المحلية .

م: (**وإن كان المولي مريضًا لا يقدر على الجماع، أو كانت المرأة مريضة أو رتقاء**) ش: أي بينة الرتق، يعني لم يكن لها طرق إلى الميال م: (**أو صغيرة لا تجامع**) ش: مثلها م: (**أو كانت بينهما مسافة**) ش: بأن يكون بينهما مسافة بأن يكون مسيرة أربعة أشهر فصاعدًا م: (**لا يقدر أن يصل إليها في مدة الإيلاء ففيؤه أن يقول بلسانه : فئت إليها، فإن قال ذلك سقط الإيلاء**) ش: وإن قربها كفَّر .

وفي «جوامع الفقه » : لو عجز عن جماعها لرتقها أو قرنها أو صغرها أو الجب أو العنة ، أو كان أسيرًا في دار الحرب، أو لكونها ممتنعة ، أو كانت في مكان لا يعرف وهي ناشزة ، أو بينهما أربعة أشهر أو حال القاضي بينهما بشهادة الطلاق الثلاث، ففيؤه باللسان بأن يقول : فئت إليها أو رجعت أو راجعتها أو ارتجعتها أو أبطلت إيلاءها بشرط تمام العجز إلى تمام المدة .

وفي البدائع أو كان محبوسًا . وفي شرح الطحاوي : أو آلى منها وهي مجنونة أو هو محبوس ، أو كانت بينهما أقل من أربعة أشهر ، إلا أن السلطان والعدو يمنعه من ذلك لا يكون

وقال الشافعي - رحمه الله - : لا فيء إلا بالجماع ، وإليه ذهب الطحاوي لأنه لو كان فيئًا لكان حنثًا . ولنا أنه آذاها بذكره المنع ، فيكون إرضاؤها بالوعد باللسان ، وإذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق . ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الفيء ، وصار فيؤه

فيؤه باللسان . قال : ويمكن أن يفرق بين القولين في الحبس بأن يحمل ما ذكر في «شرح المختصر» على إمكان الوصول إلى السجن وأن تدخل عليه ليجامعها ، ومنع العدو والسلطان نادر على شرف الزوال والحبس بحق لا يعتبر في الفيء باللسان، وبظلم يعتبر كالغالب .

وفي «خزانة الأكمل» : المريض فيؤه بقلبه ولسانه ، وفيه أيضًا لو كانت مريضة أو صغيرة لا يجامع مثلها ففيؤه بالرضا بالقلب ، وفي المرغيناني : لا يكون الفيء بالقلب. بالقلب. وذكر الجرجاني لو فاء بقلبه ، ولم يتكلم بلسانه ومضت المدة إن صدقته كان فيئًا . وفي المغني قال في الفيء متى قدرت جامعتك .

م: (**وقال الشافعي : لا فيء إلا بالجماع**) ش: وهو قول سعيد بن جبير ، وبه قال أبو ثور، واختاره الناطقي م: (**وإليه ذهب الطحاوي**) ش: أي إلى قول الشافعي ذهب الإمام أبو جعفر الطحاوي على ما نقل عنه فخر الإسلام في «شرح الجامع الصغير» . قال الأترازي : فيه نظر ، لأن الطحاوي جعل في المولي باللسان إن كان بينه وبين امرأته مسيرة أربعة أشهر وأكثر منها، أو آلى وهو مريض، أو هي مريضة لا سعة إلى قربها في «مختصره».

قلت : نظره غير وارد، لأن الذي نقله عنه يرد نظره ، لأنه جعل ذلك عند العجز ، وأما عند القدرة فالفيء بالجماع هو الأصل، وكذلك نقل عن الشافعي حيث قالوا: ولا خلاف للشافعي ، إذ الفيء باللسان إنما يعتبره عند العجز عن الوطء.

م: (**لأنه لو كان فيئًا لكان حنثًا**) ش: لأن المعلق بالفيء حكمان: الكفارة وامتناع حكم الفرقة، ثم الفيء باللسان لا يعتبر في حق الكفارة ، فكذا في الآخر. وتحقيقه عن الفيء رجوع عن الظلم المعلق بالبر ، فيكون الفيء بترك البر وترك البر بما يضاده ، وهو الحنث إذا لم يكن الفيء باللسان حنثًا لا يصير به الإنسان تاركًا للبر ، فلا يكون فيئًا .

م: (**ولنا أنه**) ش: أي أن الزوج م: (**آذاها**) ش: أي آذى المرأة م: (**بذكره المنع**) ش: أي بمنع حقها من الجماع م: (**فيكون إرضاؤها بالوعد باللسان**) ش: لأن الزوج إذا كان عاجزًا عن الجماع حالة الإيلاء لم يكن قصده الإضرار بمنعها حقها في الجماع ، إذ لا حق لها فيه حينئذ ، وإنما قصده الإيحاش باللسان ، ومثل هذا الظلم يرتفع باللسان م: (**وإذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق**) ش: لأن التوبة تجب الجناية م: (**ولو قدر على الجماع في المدة**) ش: وفي بعض النسخ فإن قدر ، أي المولى المريض على أن يجامعها في مدة الإيلاء م: (**بطل ذلك الفيء**) ش: الذي كان باللسان م: (**وصار فيؤه**

بالجماع ، لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالحلف . وإذا قال لامرأته أنت علي حرام سئل عن نيته ، فإن قال : أردت الكذب فهو كما قال ؛ لأنه نوى حقيقة كلامه، قيل لا يصدق في القضاء ، لأنه يمين ظاهراً.

بالجماع، لأنه قدر على الأصل) ش: الذي هو بالجماع م: **(قبل حصول المقصود بالحلف)** ش: وهو الفيء باللسان ، فصار كالمتيمم إذا وجد الماء في خلال صلاته ، ولا خلاف فيه للأئمة الأربعة .

م: **(وإذا قال لامرأته أنت عليّ حرام)** ش: هذا كلام مبهم محتمل وجوه ، ولا يمتاز البعض عن البعض إلا بالإرادة ، ولأجل ذلك قال م: **(سئل عن نيته ، فإن قال : أردت الكذب فهو كما قال)** ش: يعني يكون كذبًا م: **(لأنه نوى حقيقة كلامه)** ش: لأنها حلال له، فلا يقع به طلاق الإيلاء ، ولا غير ذلك م: **(وقيل : لا يصدق في القضاء؛ لأنه يمين ظاهرًا)** ش: لأنه تحريم الحلال . وأما فيما بينه وبين الله تعالى فيصدق، وهذا القول منقول عن الطحاوي والكرخي فإنهما قالا في «مختصريهما» أنه لا يصدق في إبطال الإيلاء في القضاء .

وقد اختلف أهل العلم في لفظة الحرام اختلافًا شديدًا يرتقي إلى خمسة عشر مذهبًا :

الأول : أنه سئل عن نيته ، وهو قول أبي بكر، وعمر ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وعائشة- رضي الله تعالى عنهم - ، وبه قال الحسن البصري، وعطاء ، وطاووس ، وسعيد بن المسيب، وسعيد بن جبير ، ورواية عن أحمد، وسليمان بن يسار ، وقتادة ، والأوزاعي ، وأبو ثور . وكان ابن عباس يقول : هو يمين .

الثاني : أن الحرام ثلاث، روي ذلك عن علي وزيد بن ثابت، وابن عمر ، وبه قال الحكم ، وابن أبي ليلى ، ومالك إلا أنه قال : ينوي في غير المدخول بها .

الثالث : أن فيه كفارة الظهار مروي عن ابن عباس ، وبه قال أبو قلابة وأحمد .

الرابع : هو على ما نوى ثنتان فثنتان ، هذا قول الزهري ، وزفر .

الخامس : أنه تطليقة بائنة لا غير ، وهو قول حماد بن أبي سليمان .

السادس : التوقف فيه، روي عن علي - رضي الله تعالى عنه - قال : ما أنا بمحلها ولا بمحرمها عليك ، ولا آمرك أن تتقدم وإن شئت فاختر .

السابع : إذا لم تكن نيته فليس بشيء ، روي ذلك رواية أخرى عن النخعي وعند الشافعية فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : مثل الرواية عن النخعي . الثاني : أن فيه الكفارة . **والثالث** : صريح في حرمة الأمة كناية في حق الحرة . وإن نوى به الطلاق فهي طلقة رجعية ، وإن نوى ثنتين أو ثلاثًا فهو على ما نوى ، وإن نوى ظهاراً فهو ظهار، وإن نوى التحريم فليس فيه إلا الكفارة .

وإن قال أردت الطلاق فهي تطليقة بائنة إلا أن ينوي الثلاث ، وقد ذكرناه في الكنايات، وإن قال أردت الظهار فهو ظهار ،

الثامن : قاله مسروق والشعبي وهو مثل تحريم بضعة منها ليس بشيء، وبه قال أبو سلمة بن عبد الرحمن .

التاسع : هو على ما نوى في الواحدة بائنة ، وإن نوى ثلاثًا فثلاث، وإن لم يكن له نية فليس بشيء، وهو مذهب الثوري .

العاشر : أنها تصير حرامًا بذلك ، ولم يذكروا خلافًا ، يروى ذلك عن أبي هريرة، وخلاس ابن عمرو، وجابر بن زيد أنهم أجروه باجتنابها فقط .

الحادي عشر : إن نوى واحدة أو لم ينو شيئًا فهي واحدة ، وإن نوى ثلاثًا فثلاث، وإن نوى ثنتين فثنتين ، يروى ذلك عن إبراهيم وعليه المتأخرون من مشايخنا إلا في نية الثنتين ، فإنه لا يصح عند أئمتنا الثلاثة .

الثاني عشر : هو يمين، لكن كفارته عتق رقبة ، روي ذلك عن ابن عباس ، وقال المتأخرون : وهو يمين فقط .

والثالث عشر : هو يمين في غير الزوجة ، وليس يمين في الزوجة ، يروى عن الحسن ووجه للشافعية .

والرابع عشر : ليس بشيء في الأمة ، ولا في الزوجة والطعام كالأمة ، وبه قال مالك .

والخامس عشر : إن ذلك باطل وكذب، وهي زوجة ، وإن زاد كالميتة والدم ولحم الخنزير ، ونوى بذلك حكم الطلاق أو لم ينو، ذكره ابن حزم في« المحلى» ، وزعم أنه مذهب ابن عباس ، والشعبي ، وأبي سلمة بن عبد الرحمن ، وأبي سليمان الخطابي ، وجميع الظاهرية .

م: (**وإن قال : أردت الطلاق فهي تطليقة بائنة ، إلا أن ينوي الثلاث**) ش: لأنه من ألفاظ الكنايات يقع على الأدنى مع احتمال الكل، وإذا نوى ثنتين كانت واحدة بائنة عندنا، إلا أن اللفظ لا يحتمل العدد، خلافًا لزفر، إلا إذا كانت المرأة أمة فحينئذ يقع الثنتان، لأن ذلك جنس طلاقها .

م: (**وقد ذكرناه في الكنايات**) ش: أشار به إلى أنه تقدم البحث في الكنايات.

م: (**وإن قال : أردت الظهار فهو ظهار**) ش: هكذا ذكره القدوري، ولكنه ليس بظاهر الرواية عن أصحابنا ، ولهذا لم يذكر الطحاوي والحاكم الشهيد في مختصريهما حكم ما إذا نوى الظهار، وذكر شمس الأئمة السرخسي -رحمه الله- ناقلاً عن« النوادر» أنه ينوي ظهاراً عند أبي

وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله-.وقال محمد -رحمه الله - :ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة ، وهو الركن فيه . ولهما أنه أطلق الحرمة ، وفي الظهار نوع حرمة، والمطلق يحتمل المقيد . وإن قال أردت التحريم أو لم أرد به شيئًا فهو يمين يصير به موليًا ؛لأن الاصل في تحريم الحلال إنما هو اليمين عندنا وسنذكره في الأيمان إن شاء الله . ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم إلى الطلاق من غير نية بحكم العرف ، والله أعلم بالصواب .

حنيفة وأبي يوسف، أشار إليه المصنف بقوله م: **(وهذا)** ش: أي كونه ظهاراً م: **(عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة)** ش: ولم يوجد التشبيه لعدم حرف التشبيه وهو الكاف، فلم تصح نيته م: **(وهو الركن فيه)** ش: أي التشبيه المذكور هو الركن في الظهار .

م: **(ولهما)** ش: أي لأبي حنيفة وأبي يوسف م: **(أنه)** ش: أي القائل بقوله : أنت عليّ حرام م: **(أطلق الحرمة)** ش: حيث لم يقيدها بشيء، والمرأة تارة تكون محرمة بالطلاق ، وتارة بالظهار، ومطلق الحرمة يحتمل المقيد م: **(وفي الظهار نوع حرمة)** ش: لأنه إذا قال لامرأته : أنت عليّ كظهر أمي ، فقد حرمت عليه حتى يكفر عن ظهاره م: **(والمطلق يحتمل المقيد)** ش: ومن نوى محتمل كلامه صدق .

م: **(وإن قال : أردت التحريم أو لم أرد به)** ش: أي قال : لم أرد به م: **(شيئًا فهو يمين يصير به موليًا)** ش: حتى إذا قربها كفر عن يمينه . وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت بالإيلاء، أما إذا أراد التحريم فإنما يكون يمينًا، لأن تحريم المباح يمين، لقوله تعالى : ﴿**يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك**﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ **قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم** ﴾ أول التحريم ، وأما إذا لم يرد شيئًا فلأن الحرمة الثابتة باليمين أدنى الحرمات ، لأن في الإيلاء الوطء حلال قبل الكفارة ، وفي الظهار ليس كذلك ، وإذا أريد به الطلاق وقع بائنًا ، ويحرم الوطء ، والإيلاء لا يحرم الوطء ، فلما كانت حرمة اليمين أدنى الحرمات تعينت لتيقنها م: **(لأن الأصل في تحريم الحلال إنما هو اليمين عندنا)** ش: لأن تحريم الحلال ليس من العبد بل من الله تعالى ، لأنه قلب المشروع ، لكن العبد يمنع نفسه عن ذلك الشيء ، فإذا باشره فعليه الكفارة م: **(وسنذكره في الأيمان إن شاء الله تعالى)** ش: أي سنذكر هذا الفصل في كتاب الأيمان إن شاء الله عز وجل .

م: **(ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم إلى الطلاق)** ش: في قوله لها : أنت عليّ حرام م: **(من غير نية بحكم العرف)** ش: لأن العادة جرت بين الناس في زماننا هذا أنهم يريدون الطلاق بهذا، وأراد من المشايخ أبا بكر الإسكاف وأبا بكر بن سعيد، والفقيه أبا جعفر الهندواني وهم من كبار علمائنا الماضين ببلخ، فإنهم قالوا : يقع الطلاق. وقال الفقيه أبو الليث : وبه نأخذ ، وكذا الجواب في قوله : كل حل عليّ حرام ، وحلال الله عليّ حرام ، أو قال : حلال المسلمين عليّ حرام .

....

وفي الذخيرة هذا كله طلاق بائن باتفاق، وإن كان له أربع نسوة وقع على كل واحدة طلقة بائنة . وفي «فتاوى» الأذرجندي والإمام مسعود بن الحسين الكشافي أنه يقع واحدة ، والبيان إليه.

قال صاحب الذخيرة : وهو الأظهر والأشبه، وفيه : لو قال : عليّ حرام ولم تكن له امرأة لم يلزمه شيء، لأنه يمين بالطلاق ولا زوجة له . فإن تزوج امرأة وباشر الشرط اختلفوا فيه ، قال أبو جعفر : تبين الزوجة . وقال غيره : لا تبين ، وبه أخذ الفقيه أبو الليث ، وعليه الفتوى . ولو قال : أنت حرام ألف مرة فهي واحدة . ولو طلق الحرة واحدة ثم قال: أنت عليّ حرام ينوي ثنتين لا تصح نيته ، وإن نوى الثلاث صحت ويقع طلقتان أخريان ، وإن لم ينو اليمين فهي يمين، لأن تحريم الحلال يمين، واليمين في الزوجات إيلاء . ولو قال : أنتما عليّ حرام فنوى الثلاث في إحداهما وواحدة في الأخرى كان كما نوى عند أبي حنيفة ، ذكره المرغيناني .

ولو قال : أنت معنى في الحرام ، ولو قال : أنا عليك حرام، أو قال: حلال ، فقالت: أنت معنى أو عليّ مثل ما أنت على جميع أهل المصر فهي طالق إن نواه . ولو قال : الطلاق يلزمني يقع واحدة ، وهذا الكلام ناشئ عن أهل مصر .

فروع : آلى من امرأته ثم قال لأخرى : أشركتك في إيلاء هذه كان باطلاً . ولو قال: أنت عليّ حرام ثم قال لأخرى : أشركتك معها كان موليًا منهما ، وكذا لو قال : إن وطئتك فعبدي هذا حر فمات العبد أو أعتقه بطل الإيلاء، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد. ولو قال : والله لا وطئتك في الدبر، أي فيما دون الفرج لم يصر موليًا، خلافًا لمالك .

ولو قال : والله لا أجامعك إلا جماع سوء ، سئل عن نيته، فإن قال: أردت الوطء في الدبر صار موليًا، ولو قال : أردت به جماعًا ضعيفًا لا يزيد على التقاء الختانين لم يكن موليًا، ولو قال : أردت التقاء الختانين فهو مول، كما لو قال : والله لا أطؤك إلا فيما دون، فإن لم يكن له نية فليس بشيء. ولو قال: إن قربتك فعليّ أن أمش في السوق لا يكون موليًا عند الجمهور ، إلا رواية عن أحمد.

ولو قال الذمي : والله لا أقربك فهو مول عند أبي حنيفة ، لأنه من أهل الطلاق، وبه قال الشافعي ، وكذا ظهاره ، وبه قال أحمد وأبو ثور. وقال مالك : يسقط بإسلامه ، وقال أبو يوسف ومحمد : إن حلف بالله لا يصير موليًا، ولو حلف بالعتق والطلاق يصير موليًا ، ولو حلف بالصوم والحج والعمرة والصدقة لا يصير موليًا بالطلاق بالاتفاق. ولو آلى مسلم من امرأته ثم ارتد ثم أسلم ثم تزوجها يكون موليًا عند أبي حنيفة .

....

وروى أبو يوسف عنه يبطل إيلاؤه، ولو قال: ظاهرت ثم ارتد ثم أسلم فهو على ظهاره في قول أبي حنيفة أن ظهاره يبطل عنده . ولو أبانها في مدة الإيلاء ثم قربها بطل إيلاؤه ، ولو ظاهر ثم ارتد ثم أسلم فهو على ظهاره في قول أبي حنيفة-رحمه الله تعالى .

وقالا : يسقط ، وروى زفر عن أبي حنيفة أن ظهاره يبطل عنده، ولو أبانها في مدة الإيلاء ثم قربها بطل إيلاؤه للحنث، ولو فاء إليها بلسانه وهي مبانة لا يبطل ويقع الطلاق بمضي مدة الإيلاء لعدم صحة الفيء باللسان بعد البينونة، وكذا لا يصح بعد مضي مدة الإيلاء .

وإن اختلفا في الفيء بعد بقاء المدة فالقول للزوج، لأنه يملك الفيء، وبعد مضي المدة فالقول لها ، لأنه ادعى الفيء في حالة لا يملك فيها الفيء .

* * *

باب الخلع

وإذا تشاق الزوجان وخافا أن لا يقيما حدود الله فلا بأس بأن تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به ؛ لقوله تعالى :﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ (البقرة : الآية ٢٢٩) .

م: (باب الخلع)

ش: أي هذا باب في بيان أحكام الخلع. وقال الأترازي : الخلع اسم من الانخلاع، وكذا قال الكاكي. وقال الأكمل : الخلع بالضم اسم من قولهم خلعت المرأة زوجها، واختلعت عنه بمالها .

قلت: قال الجوهري خلع ثوبه ونعليه ، وقاء مدة خلعًا وخلع عليه خلعًا، وخلع امرأته خلعًا بالضم انتهى ، فدل كلامه أن الخلع بالضم والخلع بالفتح كلاهما مصدران غير أن الفرق بينهما أنه إذا كان بمعنى النزع الحقيقي يستعمل بالفتح ، فإذا كان بمعنى المجاز يستعمل بالضم، لأن كلاً من الزوجين لباس لصاحبه، كما قال الله تعالى : ﴿هن لباس لكم ﴾ (البقرة : الآية ١٨٧) ، فإذا فعلا ذلك فإنهما نزعا لباسهما، فيكون من باب ترشيح الاستعارة ، والفرق بينه وبين التجريد أن ترشيح الاستعارة ينظر فيه إلى جانب المستعار منه كقولك : رأيت بحرًا جاريًا، والتجريد ينظر فيه إلى جانب المستعار له، كقولك: رأيت بحر ماء أحسن من مائه ، فالخلع من باب الترشيح على ما لا يخفى.

وقال الجوهري أيضًا : خالعت المرأة بعلها إذا رضي على طلاقها ببدل منها له فهي خالع والاسم الخلع، وقد تخالعا فاختلعت فهي مختلعة . وخلع الوالي عزل، وأما معناه الشرعي فهو عبارة عن أخذ مال من المرأة بأن النكاح بلفظ الخلع وشرطه شرط الطلاق، وحكمه حكم الطلاق البائن ، وصفته أنه من جانب المرأة معاوضة على قول أبي حنيفة -رحمه الله تعالى- ، أو يمين من الجانبين عندهما على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى .

م: (وإذا تشاق الزوجان) ش: أي إذا اختصما واختلفا، مشتق من الشق، وهو الجانب ، فكأن الزوجين إذا تخاصما وتجادلا يأخذ كل واحد شقًا خلاف شق صاحبه م: (وخافا) ش: أي علما ، لأن الخوف من لوازم العلم، والمراد من الخوف العلم ، قاله أبو عبيد (أن لا يقيما حدود الله) ش: أي ما يلزمهما من حقوق الزوجية م: (فلا بأس بأن تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به) ش: الضمير في نفسها يرجع للمرأة ، لأن لفظ الزوجين يدل عليه، وفي : منه ، يرجع إلى الزوج بالوجه المذكور والضمير المستتر في : يخلعها ، يرجع إلى الزوج والبارز : التاء إلى المرأة ، وفي به يرجع إلى المال.

م: (لقوله تعالى : ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾) (البقرة : الآية ٢٢٩) ش: أي فلا إثم على الزوجين لا على الرجل فيما أخذ ولا على المرأة فيما أعطت فداء من فداه من أسر إذا استنقذ ،

....

ولما أن النساء عوان عند الأزواج، لأن النبي ﷺ سمى النساء أسارى في قوله ﷺ: «**اتقوا الله في النساء، فإنهن عندكم عوان**»[1]، رواه الترمذي، والعواني يعني عانية، والذكر عانن وهو الأسير. وروى البخاري في حديث علي عن ابن عباس -رضي الله تعالى عنهما- أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعيب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإيمان، انتهى. أي لشدة بغضها إياه لقضامة وجهه، فقال رسول الله ﷺ: «**أتردين عليه حديقته؟**» قالت: نعم، قال رسول الله ﷺ: «**اقبل الحديقة وطلقها**».

والآية نزلت في ثابت وامرأته، وهو أول خلع في الإسلام، قاله الزمخشري، واختلفوا في امرأة ثابت بن قيس، فقيل: حبيبة بنت سهل، وقيل: جميلة بنت سهل، وقيل: جميلة بنت سلول، وسلول اسم أمه، وزينب بنت عبد الله بن أبي بن سلول، والأول أكثر، وإنما قال: لا بأس بأن تفتدي نفسها، لأن الطلاق أبغض المباحات عند الله تعالى.

وروى الترمذي من حديث ثوبان عن النبي ﷺ قال: «**المختلعات هن المنافقات**» وقال: غريب، وروى الترمذي أيضًا عن ثوبان قال: قال رسول الله ﷺ: «**أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليه رائحة الجنة**».

ثم اعلم أنه لم يخالف في جواز الخلع إلا بكر بن عبد الله المزني، وزعم أن الآية التي دلت على جوازه منسوخة بآية النساء، وهي قوله تعالى: ﴿**وإن أردتم استبدال زوج**﴾ (النساء: الآية ٣٠)، وليس كذلك، لأن شرط النسخ تأخير تاريخ الناسخ والاختلاف وتعذر الجمع، ولم يوجد واحد منهما. قال ابن شبرمة وأبو قلابة: لا تحل حتى[. . .] على بطنها رجلاً، لقوله تعالى: ﴿ **ولا تعضلوهن** ﴾ إلى قوله: ﴿ **إلا أن يأتين بفاحشة مبينة** ﴾ (النساء: الآية ١٩).

وقالت الظاهرية: لا يجوز الخلع إلا بشرطين، إلا إذا كرهته المرأة، وخافت أن لا توفيه حقه فلها أن تفتدي نفسها بتراضيهما.

وقالت طائفة: لا يجوز الخلع إلا بإذن السلطان، يروى عن ابن سيرين، وسعيد بن جبير، والحسن البصري.

---

(١) عن سلمة أنبأنا علي بن زيد عن أبي حرة الرقاشي عن عمه، مرفوعاً وفيه، «فاتقوا الله في النساء فإنهن عندكم عوان لا يملكن لأنفسهن شيئاً».

ورواه الترمذي (٣/ ٤٦٧) من طريق زائدة عن شبيب بن غرقدة عن سليمان بن عمرو بن الأحوص قال: حدثني أبي - مرفوعاً وفيه «ألا واستوصوا بالنساء خيراً، فإنما هنَّ عوان عندكم».

قلت: والإسناد الأول فيه علي بن زيد بن جدعان وهو ضعيف والثاني فيه سليمان بن عمرو بن الأحوص وهو مقبول، كما قال الحافظ، والحديث لعله حسن إن شاء الله.

وقالت طائفة : لا يجوز الخلع إلا أن تقول المرأة لزوجها لا أطيع لك أمرًا ولا أغتسل لك من جنابة .

وقالت طائفة : لا يجوز إلا مع نشوزه وإعراضه .

م: (**فإذا فعل ذلك**) ش: وفي بعض النسخ م: (**فإذا فعلا**) ش:ذلك بألف التثنية ، أي الزوجان إذا فعلا ذلك، أي الخلع الموصوف م: (**وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال**) ش: وهو قول عثمان ، وعلي ، وابن مسعود، والحسن ، وابن المسيب ، وعطاء ، وشريح ، والشعبي، وقبيصة بن ذؤيب، ومجاهد، وأبي سلمة ، والنخعي ، والزهري، والأوزاعي ، والثوري ، ومكحول ، وابن أبي نجيح ، وعروة ، ومالك ، والشافعي في الجديد، وعليه الفتوى ، ذكره في« المبسوط».

وقالت الظاهرية : تطليقة رجعية ، حتى لو راجعها رد عليها ما أخذه ، وقال أحمد وإسحاق بن راهويه: فرقة بغير طلاق، وهو قول ابن عباس والشافعي في القديم، قيل : ذكرت الشافعية أن الشافعي غسل كتبه القديمة وأشهد على نفسه بالرجوع عنها، فمن جعلها مذهبًا فقد كذب عليه، قاله إمام الحرمين وغيره ما قال إن الفتوى عليه في القديم في خمسة عشر مسألة ، فذلك بالاجتهاد منهم، ولم ينسبه إلى الشافعي-رحمه الله تعالى .

م: (**لقوله ﷺ**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**الخلع تطليقة بائنة**) ش: هذا الحديث رواه الدارقطني ثم البيهقي في «سننيهما» من حديث عباد بن كثير عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس-رضي الله تعالى عنهما - « أن النبي ﷺ جعل الخلع تطليقة بائنة[1] ، وأعله بعباد بن كثير الثقفي، وأسند عن البخاري قال: تركوه ، وعن النسائي قال: متروك الحديث. وعن شعبة قال: أخذوا حديثه وسكتوا عنه إلا إذا خرج عن ابن عباس خلافه من رواية طاووس عنه قال: الخلع فرقة ، وليس بطلاق انتهى . ولم يذكر أحد من الشراح دليلاً لنا صحيحًا في هذا .

قال الأكمل : لقوله ﷺ الخلع تطليقة بائنة ، روي ذلك عن عمر ، وعلي ، وابن مسعود-رضي الله تعالى عنهم - موقوفًا عليهم ، ومرفوعًا إلى رسول الله ﷺ . انتهى.

فهذا كما رأيت ليس بدليل صحيح ، لأنه متى ثبت رواية هذا الحديث عن هؤلاء الصحابة موقوفًا عليهم ، متى يكون مرفوعًا . وقال الأترازي : وروى أصحابنا في «المبسوط » فذكر مثله، غير أنه قال : أولاً ولنا ما روى البخاري ، فذكر حديث ثابت بن قيس الذي ذكرناه عن قريب،

(١) رواه البيهقي (٧/ ٣١٦) والدارقطني (٤/ ٦) من حديث عباد بن كثير عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً ، وعباد بن كثير هذا قال فيه البخاري ، والنسائي : متروك ، فالحديث بهذا الإسناد منكر ضعيف ، راجع نصب الراية (٣/ ٤٩٣) بتحقيق أيمن صالح .

وفيه : اقبل الحديقة وطلقها ، فهذا يدل على أن الخلع طلاق ، ولكن لا يتم بهذا الدليل ، لأن المدعي أنه طلاق بائن ، وليس ما يدل على أنه بائن .

وقال الكاكي : روى البخاري أنه ﷺ قال لثابت : اقبل الحديقة وطلقها تطليقة . وفي رواية قال : اقبل الحديقة وخل سبيلها ، فدل على أنه تطليقة بائنة ، ولأنه لو كان رجعيًا يردها كرهًا فالأمر على موضوعه بالنقض .

قلت: «لفظ وخل سبيلها» وقع في رواية أبي داود من حديث عائشة -رضي الله تعالى عنها- بلفظ «فارقها» . وقال الأترازي : وأما كون الخلع بائنًا فلما روى الدارقطني في كتاب «غريب الحديث» الذي صنفه عن عبد الرزاق عن معمر عن المغيرة عن إبراهيم النخعي أنه قال : الخلع تطليقة بائنة ، وإبراهيم قد أدرك الصحابة وزاحمهم في الفتوى ، فيجوز تقليده ، أو يحمل على أنه شيء رواه عن رسول الله ﷺ لأنه من قرن العدول فيحمل أمره على الصلاح صيانة عن الجزاف والكذب ، انتهى .

قلت: هذا الكلام بطوله لا يرد الخصم ولا يرضى به .

فإن قلت: الخصم يقول : قال الله تعالى : ﴿ **الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان**﴾ (البقرة : الآية ٢٢٩) ، ثم قال الله تعالى : ﴿ **فلا جناح عليهما فيما افتدت به**﴾ بيانه أن الطلاق محصور بالثلاث بالإجماع ، فلو كان الخلع طلاقًا لكانت الطلقات أربعًا ، واللازم منتف فيقتضي الملزوم ، ولأن النكاح عقد يحتمل الفسخ بخيار عدم الكفاءة ، وخيار العتق وخيار البلوغ ، فيجوز فسخه أيضًا بالتراضي بالخلع كالبيع .

قلت: أجيب : عن الآية بأن الله تعالى ذكر الطلقة الثالثة بعوض وغير عوض ، فلا يكون الطلاق أربعًا ، بيانه أن قوله تعالى : ﴿ **أو تسريح بإحسان** ﴾ طلاق بغير عوض ، وقوله تعالى : ﴿**فلا جناح عليهما فيما افتدت به**﴾ طلاق بعوض .

وقال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي : قوله تعالى : ﴿ **الطلاق مرتان** ﴾ بين حكم الطلقتين على غير وجه الخلع ، ثم قال : ﴿ **فإن طلقها فلا جناح عليهما فيما افتدت به** ﴾ على الطلقتين ، يعني على وجه الخلع ، ثم قال : ﴿**فإن طلقها**﴾ أي الثالثة يلزم من جعل الخلع طلاقًا كون الطلاق أربعًا .

قلت: فيه تأمل ، والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد التمام ، ألا ترى أنه لا فسخ بالهلاك قبل التسليم ، والملك الثابت به ضروري لا يظهر في حق الاستيفاء ، والفسخ بعد الكفاءة وخيار البلوغ قبل التمام ، فكان في معنى الامتناع عن الإتمام ، فأما الخلع يكون بعد تمام العقد ، والنكاح

ولأنه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات ، والواقع بالكنايات بائن إلا أن ذكر المال أغنى عن النية هنا ، ولأنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها ، وذلك بالبينونة . وإن كان النشوز من قبله يكره له أن يأخذ منها عوضًا ؛ لقوله تعالى ﴿ وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج ﴾ إلى أن قال:﴿ فلا تأخذوا منه شيئًا ﴾ (النساء : الآية:٢٠) ،

لا يحتمل الفسخ بعد تمامه ، ولكن يحتمل القطع في الحال، فيجعل لفظ الخلع عبارة عن رفع القيد .

فإن قلت: قال ابن حزم : حديث ثابت منسوخ لما أن رواية ابن عباس وعمله بخلاف رواية دليل نسخه .

قلت: أجاب الكاكي عن هذا بقوله : صح رجوع ابن عباس إلى قول العامة ، مع أنه روي عن ابن عباس أنه عليه السلام جعل الخلع تطليقة بائنة . انتهى .

قلت: هذا مجرد دعوى فلا يرضى بها الخصم ، فمن هو الذي صح رجوعه ، وروايته فإن كان الاعتماد على تصحيح روايته عن النبي ﷺ كما في الباب ، فقد وقفت على حاله مع أنه روي عنه خلافه كما ذكرنا .

م: (ولأنه) ش: أي ولأن الخلع م: **(يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات، والواقع بالكنايات بائن)** ش: سوى قوله : أنت واحدة ، واعتدي ، واستبرئي رحمك م: **(إلا أن ذكر المال)** ش: جواب عما يقال : لو كان الخلع من الكنايات لكانت النية شرطًا فيه ، وليست بشرط ، فأجاب بقوله : إلا أن ذكر المال م: **(أغنى عن النية هنا)** ش: أي في الخلع ، تقريره أن جانب الطلاق يتعلق بذكر المال وقبوله بمقابلة فداء نفسها ، فلم يحتج إلى النية كما في حال مذاكرة الطلاق .

م: (ولأنها) ش: أي ولأن المرأة م: **(لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها)** ش: بيانه أن الخلع يحتمل الانخلاع عن اللباس أو عن الخيرات أو عن النكاح ، فلما ذكر العوض كان المراد الانخلاع عن النكاح كما مر ، وذلك إشارة إلى ما ذكر من سلامة النفس عند تسليم المال م: **(وذلك بالبينونة)** ش: فقلنا : يكون الخلع بائنًا .

م: **(وإن كان النشوز)** ش: من نشزت المرأة إذا استصعبت عليه وأبغضته . وقال الزجاج : هو الكراهة والإعراض من كل واحد من الزوجين عن الآخر ، وكذلك النشوز يقال : نشزت المرأة عن زوجها [. . .] ، ثم إن كان النشوز م: **(من قبله)** ش: أي من قبل الزوج م: **(يكره له أن يأخذ منها)** ش: أي من المرأة م: **(عوضًا)** ش: قليلاً كان أو كثيراً م: (لقوله تعالى :**﴿ وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج ﴾** إلى أن قال : **﴿ فلا تأخذوا منه شيئًا ﴾** (النساء : الآية ٢٠) ش : تمام الآية ﴿وآتيتم إحداهن قنطارًا فلا تأخذوا منه شيئًا أتأخذونه بهتانًا وإثمًا مبينًا ﴾ فالزوج يشترك فيه الذكر والأنثى ، كما في

ولأنه أوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها بأخذ المال. وإن كان النشوز منها كرهنا له أن يأخذ منها منها أكثر مما أعطاها. وفي رواية «الجامع الصغير» :طاب الفضل أيضًا لإطلاق ما تلوناه

قوله تعالى: ﴿ ادخل أنت وزوجك الجنة ﴾ والقنطار مل مسك ثور ذهبًا أو فضة ، ويقال : هو سبعون ألف دينار ، ويقال : ألف ومائتا أوقية كذا قال صاحب «ديوان الأدب » ، والأوقية أربعون درهمًا .

وقال الزمخشري : القنطار المال العظيم . والبهتان أن يستقبل الرجل بأمر قبيح ، وهو بريء منه ، والآية نص على كراهية أخذ العوض ، ومع هذا لو أخذ العوض جاز ، لأن النهي لمعنى في غيره ، وهي زيادة الإيحاش ، فلا يعدم مشرعيته كالبيع وقت النداء يوم الجمعة يجوز وكره ويجوز الخلع على مال ، وبه قال الشافعي وأحمد ومالك في رواية ابن القاسم . وقال الزهري ، ومالك : لا يحل له أخذ شيء إذا كان النشوز منه ، ومع ذلك لو تخالع لزمه الطلاق ، ويرد ما أخذ منها .

وفي «الذخيرة »خالعها ثم قال : لم أنو به الطلاق ، فإن لم يذكر بدلاً صدق قضاء وديانة ، وإن ذكر لا يصدق قضاء ، وفيه لو قضى يكون الخلع فسخًا ، قال بعض أصحابنا : ينفذ ، لأنه مروي عن ابن عباس ، وقال بعضهم : لا ينفذ .

وفي كتب الشافعية الخلع طلقة إذا كان بلفظ الطلاق ، وبلفظ الخلع والفسخ ، والمفاداة إن نوى الطلاق فطلاق ، وإن لم ينو الطلاق فثلاثة أقوال طلاق أو فسخ ، أو ليس بشيء ، ولفظ الخلع صريح ، وفي قول كناية والمفاداة كالخلع في الأصح لا خلاف في مذهبه أن الكناية تقع بلا نية ، وخالف فيه الأئمة الثلاثة .

م: **(ولأنه)** ش: أي لأن الزوج م: **(أوحشها بالاستبدال ، فلا يزيد في وحشتها بأخذ المال)** ش: حتى لا يحصل لها ضرر من وجهين استبدال الزوج وأخذ المال م: **(وإن كان النشوز منها)** ش: أي من المرأة م: **(كرهنا له)** ش: أي للزوج م: **(أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها)** ش: وهو أخذ الفضل على ما ساق إليها ، أما مقدار المهر فلا يكره أخذه ، وهذه رواية كتاب طلاق الأصل .

م: **(وفي رواية « الجامع الصغير»: طاب الفضل أيضًا)** ش: أي الفضل على مقدار مهرها م: **(لإطلاق ما تلوناه)** ش: وهو قوله تعالى : ﴿ **فلا جناح عليهما فيما افتدت به** ﴾ وهو بإطلاقه يشمل القليل ، والكثير والمهر وغيره ، وفي« التمهيد »وجوز مالك والشافعي الخلع بجميع مالها إذا كان النشوز منهما لقوله تعالى: ﴿ **فلا جناح عليهما فيما افتدت به** ﴾ وعن مولاة لصفية بنت أبي عبيد اختلعت بكل شيء لها ، فلم ينكر ذلك ابن عمر .

وقال ابن عمر وابن عباس رضي الله تعالى عنهما : لا بأس أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها ، وهو أخذ الفضل على ما ساق إليها ، وهو قول عكرمة ومجاهد وإبراهيم وآخرين قال عكرمة :

بدءاً . ووجه الأخرى قوله -عليه السلام- في امرأة ثابت بن قيس بن شماس : أما الزيادة فلا، وقد كان النشوز منها .

يأخذ منها حتى مرطها ، وقال إبراهيم ومجاهد : يأخذ منها عقاص رأسها ، وفي « المحلى » وكره علي بن أبي طالب والحكم بن عتيبة وحماد بن أبي سليمان وميمون بن مهران أن يأخذ زيادة على ما أعطاها .

وفي «التمهيد »وهو قول الحسن وعطاء وطاووس وعن ابن المسيب والشعبي لا يأخذ منها كل ما أعطاها إذا كان النشوز منها وهو مضار م: (بدءاً) ش: أولاً يعني الآية التي بدأنا بها أولاً ، وهو قوله تعالى :﴿ **فلا جناح عليهما فيما افتدت به** ﴾ .

م: (**ووجه الأخرى**) ش: أي الرواية الأخرى ، أراد به رواية القدوري وهو قوله كرهنا له أن يأخذ أكثر مما أعطاها ، وهي رواية الأصل م: (**قوله عليه السلام في امرأة ثابت بن قيس بن شماس أما الزيادة فلا**)[1] ش: هذا روي مرسلاً عن عطاء ، وعن ابن الزبير رضي الله تعالى عنهم ، فحديث عطاء رواه أبو داود في «مراسيله» عنه ، قال جاءت امرأة إلى النبي ﷺ تشكو زوجها ، فقال« أتردين إليه حديقته التي أصدقك ؟ »، قالت نعم وزيادة ، قال «أما الزيادة فلا» .

وحديث ابن الزبير أخرجه الدارقطني في «سننه» عن حجاج عن ابن جريج قال أخبرني أبو الزبير بن ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده زينب بنت عبد الله بن أبي بن سلول، وكان أصدقها حديقة فكرهته ، فقال النبي ﷺ : «**أتردين عليه حديقته التي أعطاك**» قالت نعم وزيادة ، فقال النبي ﷺ: « **أما الزيادة فلا ، ولكن حديقة فخذها وخل سبيلها**» ، انتهى .

وقال الأترازي : وجه ما روى أصحابنا أن امرأة ثابت بن قيس بن شماس أتت رسول الله ﷺ فقالت يا رسول الله لا أنا ولا ثابت فقال «**أتردين عليه حديقته** »، قالت نعم وزيادة ، فقال «**أما الزيادة فلا**» ، فدل الحديث على الكراهة في أخذ الفضل ،م: (**وقد كان النشوز منها**) ش: الواو فيه للحال ، واعلم أن هذه الزيادة المذكورة في حديث ثابت بن قيس ليست ثابتة في رواية البخاري وغيره من الصحاح ، وقال الأترازي : أصحابنا أثبتوها في روايتهم في كتب الفقه ، انتهى .

قلت : هذا عمد في حق الأصحاب ، لأنهم ما أثبتوها من عندهم بل اعتمدوا فيها على مرسل أبي داود ومرسل ابن الزبير اللذين ذكرناهما .

---

(١) قال الزيلعي في «النصب» (٣/ ٤٩٥) ، حديث عطاء رواه أبو داود في «مراسيله» ، ورواه ابن أبي شيبة في «مصنفه » حدثنا حفص عن ابن جريج عن عطاء فذكره ، ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» عن ابن جريج عن عطاء ورواه الدارقطني (٣٢١٣) وقال : هذا مرسل ، وقد أسنده الوليد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس والمرسل أصح .

ولو أخذ الزيادة جاز في القضاء ، وكذلك إذا أخذ والنشوز منه لأن مقتضى ما تلوناه شيئان الجواز حكمًا ، والإباحة .وقد ترك العمل في حق الإباحة لمعارض ، فبقي معمولاً في الباقي .وإن طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال ، لأن الزوج يستبد

م: (**ولو أخذ الزيادة**) ش: أي ولو أخذ الزوج الزيادة فيما إذا كان النشوز من قبلها م: (**جاز في القضاء ، وكذلك إذا أخذ والنشوز منه**) ش: أي وكذا إذا أخذ الزوج والحال أن النشوز منه م: (**لأن مقتضى ما تلوناه**) ش: وهو قوله تعالى : ﴿ **فلا جناح عليهما فيما افتدت به** ﴾ (البقرة : الآية ٢٢٩) .

م: (**شيئان**) ش: تثنية شيء ، أشار إلى أحدهما بقوله م: (**الجواز حكمًا**) ش: أي شرعًا ، وأشار إلى الآخرة بقوله م: (**والإباحة**) ش: وهي الحل م: (**وقد ترك العمل في حق الإباحة لمعارض**) ش: أي لأجل معارض ، وهو قوله عليه السلام : أما الزيادة فلا م: (**فبقي**) ش: أي النص م: (**معمولاً به في الباقي**) ش: وهو الجواز ، لأنه يلزم من نفي الإباحة نفي الجواز ، كما في البيع وقت النداء .

فإن قيل الجواز والإباحة عبارتان عن معنى واحد ، لأنه لا جواز بدون الإباحة ولا إباحة بدون الجواز ، فكيف يجوز أحدهما مع انتفاء الآخر ، أجيب : بل هما شيئان مختلفان ، لأن ضد الإباحة الكراهة ، وضد الجواز الحرمة ، ، وبضدها تتبين الأشياء، وكذا شيئان لا ينفكان ، ألا ترى أن البيع وقت النداء جائز مع الكراهة وليس بمباح لما أن الإباحة عبارة عن عدم الكراهة ، واحتمل أن يكون الشيء جائز مع الكراهة ، وهذا كثير النظير ، فإن جميع صور النهي في الأفعال الشرعية كذلك .

فإن قلت : الحديث الذي فيه - أما الزيادة فلا - خبر واحد ، فكيف يعارض قوله تعالى : ﴿**فلا جناح عليهما فيما افتدت به** ﴾ (البقرة : الآية ٢٢٩) .

قلت : أجيب : بأن النص إذا خص منه شيء أو عورض بنص آخر مثله خرج عن كونه قطعيًا ، فيجوز تخصيصه بخبر الواحد ، مع أن هذا الحديث إن كان معارض النص فهو موافق لنص آخر ، وهو قوله تعالى : ﴿ **فلا تأخذوا** ﴾ فكان في الحقيقة معارضة الكتاب بالكتاب لا معارضة خبر الواحد فجاز التمسك به ، لأنه موافق لأحد النصين .

م: (**وإن طلقها على مال**) ش: بأن قال طلقتك على ألف درهم مثلاً م: (**فقبلت**) ش: في المجلس م: (**وقع الطلاق ولزمها المال**) ش: المذكور ، وكذا الحكم إذا قال خلعتك على ألف درهم وبارأتك على ألف درهم ، وكذا إذا بدأت المرأة فقالت طلقني على ألف درهم ، أو خالعني أو بارئني م: (**لأن الزوج يستبد**) ش: أي يستقل .

بالطلاق تنجيزًا وتعليقًا ، وقد علقه بقبولها والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها ، وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه ، وإن لم يكن مالاً كالقصاص. وكان الطلاق بائنًا لما بينا . ولأنه معاوضة المال بالنفس ،وقد ملك الزوج أحد البدلين فتملك هي الآخر ، وهو النفس تحقيقًا للمساواة .

م: (**بالطلاق تنجيزًا و تعليقًا**) ش: أي من حيث التخيير بأن قال أنت طالق ، ومن حيث التعليق بأن قال إذا دخلت الدار فأنت طالق م: (**وقد علقه بقبولها**) ش: وقد علق الزوج طلاقها بقبول المال ، لأن الحكم معاوضة من جانب المرأة بدليل اقتصاره على المجلس وولاية الرجوع ، فلابد من القبول ، لأنه شرط في المعاوضات .

م: (**والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها**) ش: حاصله أن هذا الصرف معاوضة يعتمد أهلية المتعارضين وصلاحية المحل إلا أهلية الزوج فلا مستبد بذلك كما قدمناه ، وأما أهلية المرأة فلأنها تتولى أمور نفسها ، وأما صلاحية المحل فقد أشار إليها بقوله م: (**وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه**) ش: هذا كأنه جواب عما يقال كيف جاز الاعتياض في الخلع ، وليس البضع بمتقوم حالة الخروج ، فأجاب بقوله وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه . م: (**وإن لم يكن مالاً**) ش: وهو واصل بما قبله م: (**كالقصاص**) ش: فإنه ليس بمال ، فجاز أخذ العوض عنه والجامع وجود الالتزام من أهله ، فقال الأكمل : كذا في بعض وأراد به« شرح الأترازي »، فإنه قال في شرحه هذا ، فكان الأكمل ما أعجبه هذا حتى نسبه إلى غيره ، ولكنه لو كان عنده أوجه منه لبينه .

قال الأترازي : فإن قلت لا نسلم أن الخلع تعليق الطلاق بالقبول ، ويجوز أن يكون تعليقًا بالأداء .

قلت: لأن الخلع من المقدمات ولا يجب الأداء في المعاوضات إلا بالقبول ، فكان تعليقًا بالقبول دون الأداء .

م: (**وكان الطلاق**) ش: أي الطلاق الواقع على المال م: (**بائنًا لما بينا**) ش: وأشار به إلى قوله-والواقع بالكنايات بائن - م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن الطلاق المذكور م: (**معاوضة المال بالنفس**) ش: لأنها تخلص نفسها بالمال الذي تدفعه إليه م: (**وقد ملك الزوج أحد البدلين**) ش: وهو المال م: (**فتملك هي**) ش: أي المرأة م: (**الآخر وهو النفس تحقيقًا للمساواة**) ش: بينهما ، لأن نفسها لاتسلم لها إلا بالبائن ، لأن حق الزوج في الرجعي ليس بمنقطع ، فلو جعل الخلع رجعيًا لذهب مالها بلا عوض ، ولم يحصل غرضها ، وذلك لا يجوز ، وكذلك يلزمها المال، لأنها من أهل الالتزام وقد تصرفت في خالص حقها ، فلو لم يلزمها بعد قبولها لزم الغرور على الزوج وذا لا يجوز ، ولأنه لم يرض بفوات حقه بلا عوض .

قـال وإن بطل العوض في الخلع مـثل أن يخالع المسلم على خمـر أو خنزير أو ميـتة ، فـلا شيء للزوج، والفـرقة بائنـة ،وإن بطل العوض في الطـلاق كان رجـعيًـا فـوقوع الطلاق في الوجـهين للتعليق بالـقبول ، وافتـراقهمـا في الحكم لأنه لما بطل العوض كان الـعمل في الأول لفظ الخلع ، وهو كناية ،

م: (قال) ش: أي القدوري رحـمه الله تـعالى : م: (**وإن بطل العوض في الخلع مـثل أن يخالع المسلمـة على خمـر أو خنزير أو ميـتة ، فـلا شيء للزوج والفرقـة بائنة**) ش: أي يقع الطلاق البـائن، والحكم فيما إذا خالعها على خمر أو دم كذلك ، وبه صرح في التحفة والمغني ، ولو خالعها على خـمر أو خنزير أو ميتة أو دم أو حـمر فـهو كـالخلع بغـير عـوض لا يلزمـها عند الأئـمة الثـلاثة وأصحابهم، ويقع عند مالك وأحمد رجعيًا ، وعند زفر ترد مهرها ، وعند الشافعي يجب مهر المثل ويقع طلاقًا بائنًا كقولنا ، انتهى .

واعلم أن الخلع والطلاق على ما لا يحل كـالخمـر وأخواتهـا جائز ، ويقع الطلاق لوجود الشرط ، ولا يجب له عليها شيء ، لأنها لم تغرره ، والخمر إن كانت مالاً لكنها ليست بمتقومة ، لأن الشرع أهانه ، والأمر في الميتة أظهر ، لأنها ليست بمال أصلاً ، بخلاف ما إذا أغرته وقالت أختلع منك بهذا الخل فإذا هو خمر عليها أن ترد المهر المأخوذ في قول أبي حنيفة .

وفي قولهما عليها مثل كل ذلك من خل وسط ، كذا ذكر الخلاف في مبسوط شمس الأئمة السرخسي ، وإنما لم يبطل الخلع ببطلان العوض ، لأن الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة .

م: (**وإن بطل العوض في الطلاق كان**) ش: أي الطلاق م: (**رجعيًا**) ش: أي في الموطوءة دون الثلاث ، وبه قالت الأئمة الثلاثة م: (**فـوقوع الطلاق في الوجـهين**) ش: يعني بطلان العـوض في الخلع ، وبطلان العوض في الطلاق ، وأشار به إلى وجه الافتراق بينهما فقال : ووقوع الطلاق في الوجهين م: (**للتعليق بالقبول**) ش: أي لأجل تعليق الطلاق بقبول المرأة م: (**وافتراقهما**) ش: أي الوجهين م: (**في الحـكم لأنـه**) ش: أي لأن الشـأن م: (**لما بطل العـوض كان العـامل في الأول لفظ الخلع**) ش: قال تاج الشريعة لفظ الخلع ينصب العامل ويرفع لفظ الخلع بخط المصنف، انتهى .

وأراد بالأول بطلان العـوض في الخلع م: (**وهـو**) ش: أي لفظ الخلع م: (**كنـاية**) ش: من ألفاظ الكنايات ، والواقع بالكناية يأتي سوى الألفاظ الثلاثة التي مر بيانها فيما تقدم ، وقال الكاكي هو كناية لا ينتفي به ، بل يجب أو يقال وهو كناية ، ولها دلالة على قطع الوصلة ، لأنه مشتق من خلع الخف أو القميص ، وإنما احتيج إلى هذا التأويل لأن من الكنايات ما هو رجعي ، انتهى .

قلت : هذا زيادة تعسف في التصرف على ما لا يخفى .

وفي الثاني الصريح وهو يعـقب الرجعة ، وإنما لم يجب للزوج شيء عليها ؛ لأنهـا ما سمت مالاً متـقومًا حـتى تصير غـارة له ، ولأنه لا وجه إلى إيجاب المسـمى للإسلام ، ولا إلى إيجاب غـيره لعدم الالتزام ، بخلاف ما إذا خالع على خل بعينه فظهر أنه خمر، لأنها سمت مالاً فصار مغروراً، وبخلاف ما إذا كاتب عبده أو أعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد؛ لأن ملك المولى فيه متقوم ، وما رضي بزواله مجـانًا . أما ملك البضع في حالة الخروج فـغير متقوم على مـا نذكره ، وبخلاف النكاح ، لأن البضع في حالة الدخول متقوم ، والفقه فيه

م: (**وفي الثاني**) ش: وهو بطلان العوض في الطلاق م: (**الصريح**) ش: أي صريح الطلاق م: (**وهو**) ش: أي الصريح م: (**يعقب الرجـعة**) ش: لبقاء المحل م: (**وإنما لـم يجب للـزوج شيء عليها**) ش: أي على المرأة م: (**لأنها ما سمت مالا متقوماً حتى تصير غارة له**) ش: أي للزوج ، فإذا لم تصر غارة فلا يجب عليها شيء م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن الشأن ، هذا دليل آخر م: (**لا وجه إلى إيجاب المسمى للإسلام**) ش: أي لأجل الإسلام ، لأن المسلم ممنوع من تسليمه وتسلمه م: (**ولا إلى إيجاب غيره**) ش: أي لا وجه أيضًا لإلزام غيره ،م: (**لعدم الالزام**) ش: من جهة الغير بذلك م: (**بخـلاف ما إذا خـالع على خل بعـينه فظهـر أنه خمـر ؛ لأنهـا سمت مـالاً فصـار**) ش: أي الـزوج م: (**مغرورًا**) ش: لأنها غرته حيث قالت هذا الخل بعينه ، فإذا هو خمر ، فلزم عليها رد المهر الذي أخذته عند أبي حنيفة ، وعندهما يجب كيل مثل ذلك من خل وسط كما في الصداق ، ولو علم الزوج بكونه خمراً فلا شيء عليه ، وعند الشافعي يجب مهر المثل ، وعند أحمد وأبي ثور يجب قيمته .

م: (**وبخلاف ما إذا كـاتب عبده أو أعتق علـى خمر حيث تجب قيـمة العبد ، لأن ملك المـولى فيه**) ش: أي في العبد م: (**متقوم**) ش: حتى لو غـصب وجبت القيمة على الغاصب م: (**ومـا رضي**) ش: أي المولى م: (**بزوالـه**) ش: أي بزوال ملكه م: (**مجـانًا**) ش: أي بلا شيء ، قـال الجـوهري قولهم أخذه مجانًا ، أي بلا بدل ، وهو فعال ، لأنه ينصرف ، انتهى .

قلت : ذكره في باب مجن ، وقال المجون أن لا يبالي الإنسان بما صنع ، وانتصابه على أنه صفة لمصدر محذوف تقديره ، ما رضي زوالاً مجانًا .

م: (**أما ملك البضع**) ش: يعني في الخلع م: (**في حالة الخروج غيـر متقوم**) ش: فلا يلزم من بطلان البدل فساد الخلع م: (**على مـا نذكره**) ش: أراد به ما نذكره بعيد هذا بقوله - والفقه . . . إلى آخره - م: (**وبخـلاف النكاح**) ش: أشار به إلى الفرق بينه وبين الخلع ، حيث يصح النكاح ويجب مهر المثل ويصح الخلع ولا يجب شيء م: (**لأن البضع في حالة الدخول متقوم**) ش: ولهذا إذا تزوج المريض امرأة بمهر مثلها جاز من جميع المال م: (**والفقه فيه**) ش: أي في كون البضع غير متقوم في حالة الخروج دون الدخول ، والفقه في اللغة الفهم ، ولكن العرف خصه بعلم الشريعة

أنه شريف ، فلم يشرع تملكه إلا بعوض إظهاراً لشرفه ، فأما الإسقاط فنفسه شرف فلا حاجة إلى إيجاب المال. قال: وماجاز أن يكون مهراً جاز أن يكون بدلاً في الخلع ،لأن ما يصلح عوضًا للمتقوم أولى أن يصلح عوضًا لغير المتقوم.

وخصصه بعلم الفروع م: (**أنه**) ش: أي أن البضع م: (**شريف**) ش: يعني له مقدار في نفسه م: (**فلم يشرع تملكه إلا بعوض إظهارًا لشرفه**) ش: أي لأجل الإظهار أنه شريف فلم يشرع تملكه بلا بدل إظهارًا لخطر المحل .

م: (**فأما الإسقاط**) ش: أي إسقاط ملك الزوج عن البضع م: (**فنفسه شرف فلا حاجة إلى إيجاب المال**) ش: لعدم لزوم إهانة المحل المحترم ، وقال السغناقي : فنفسه شرف أي يتشرف المرأة حيث تعود مالكة على نفسها من كل وجه كما كانت ، فلذلك لم يجب على الزوج شيء ، بخلاف النكاح ، فإنه يجب عليه المهر ، لأن في النكاح استيلاء على كل محترم ، فيجب المال على مقابلة الاستيلاء .

وقال الكاكي : فلا حاجة إلى إيجاب المال إلا إذا تراضيا على مال . وفي الجواهر للمالكية خالعها على حرام وحلال صح مثل خمر ومال ، ولا يجب الزوج إلا المال ، وهو قياس قول أصحابنا وأحمد وقياس قول الشافعي يجب مهر المثل .

في «جوامع الفقه» خالعها على عبد نفسه لا يلزمها شيء ، لأنه مال لا يستحقه بحال ، ولا بد من القبول لوقوع الطلاق ، كخلع المبانة والصغيرة ، ولو خالعها على براءتها من دين لها عليه غير المهر ، أو على براءتها من كفالة نفس ، أو على تأخير دين لها عليه صحت البراءة والتأخير إلى أجل معلوم ، ويكون الطلاق رجعيًا ، ويصح التأجيل في بدل الخلع إلى أجل مجهول وجهالة مستدركة نحو الحصاد والدياس وإلى القطاف وهبوب الرياح لا يجوز ، وكذا إلى الميسرة لا يصح التأجيل .

وفي «المحيط» ويجب المال حالاً ، وفي جهالة البدل تفسد التسمية وهو قول أحمد .

وقال أبو ثور : تفسد بالجهالة ، وهو قول أبي بكر من الحنابلة ، وقال الشافعي يجب مهر المثل كالنكاح .

م: (**قال**) ش: أي القدوري رحمه الله تعالى : م: (**وما جاز أن يكون مهرًا جاز أن يكون بدلاً في الخلع**) ش: وهذا بإجماع العلماء ، وإنما لم يذكر عكسه حيث لم يقل وما لا يجوز أن يكون مهرًا لا يجوز أن يكون بدلاً في الخلع ، لأن من الأشياء ما لا يصح للمهر ويصح لبدل الخلع كدرهم إلى تسع دراهم م: (**لأن ما يصلح عوضًا للمتقوم أولى أن يصلح عوضًا لغير المتقوم**) ش: هو البضع أيضًا ، لأنه غير متقوم حالة الخروج ، ولهذا إذا اختلعت على ثوب موصوف جاز كما في المهر ، وإن اختلعت على ثوب فالتسمية فاسدة للجهالة كما في المهر ، وله المهر ، لأنها غرته ولا

فإن قالت له: خالعني على ما في يدي فخالعها ولم يكن في يدها شيء فلا شيء عليها،لأنها لم تغره بتسمية المال .

يجوز هنا ما لا يجوز ثمة ، كما إذا اختلعت على ما لا يحل كالخمر والميتة ، لكن هنا لا شيء للزوج على المرأة إذا وقع الخلع بقبول الزوج ، بخلاف النكاح على الخمر ونحوها حيث يجب مهر المثل .

م: (**فإن قالت له**) ش: أي المرأة لزوجها م: (**خالعني على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها**) ش: أي فلا شيء للزوج على المرأة ، لأن كلمة ما عامة تتناول المال وغيره م: (**لأنها لم تغره بتسمية المال**) ش: أي لأن المرأة لم تغرر زوجها بذكر ما له قيمة ، والمراد من اليد الجسة ، وكذا إذا اختلعت على ما في هذا البيت ، أو على ما في شجري أو نخلي ، أو بطون غنمي ، فلم يكن شيء في تلك الساعة لا يرجع عليها كما ذكرنا أما إذا كان في تلك الساعة شيء فله ذلك ، لأن المسارعة الناشئة من الجهالة ترتفع بالإشارة إلى المحل ، وفي النكاح يجب مهر المثل في هذه الصور ، لأن البضع متقوم عند الدخول ، وفي الصورة المذكورة يقع الطلاق ، وبه قال مالك وأحمد .

وفي «البسيط » لو وقع الخلع بدون ذكر المال قيل يجب المال ، بخلاف النكاح ، فإذا قلت لا يجب هل يفتقر إلى القبول ، قيل يفتقر ، لأن المخالعة مفاعلة كالمقاتلة والمضاربة ، فلا بد منه ، والخلع قد يقف على القبول كخلع السفيه والصغيرة على مال .

وفي «الوسيط » لو قال خلعتك على ما في كفك صح الخلع إن صححنا بيع الغائب وترك على ما في كفها ، قال خلعتك على ما في كفك صح الخلع إن صححنا بيع الغائب وترك على ما في كفها ، وإن لم يصح فسد العوض ويجب الرجوع إلى مهر المثل .

قال الغزالي : وقال أبو حنيفة : إن لم يكن في كفها شيء نزل على ثلاث دراهم ، وعلل وقال السروجي : مذهب أبي حنيفة وأصحابه أنه لا يلزم شيء البتة من غير خلاف ، ونقله عنه غلط قبيح ، وتقليد وهم ، وخيال باطل مبني على الخطأ أو المجازفة فيه .

وقال : وكان قد اتفق ثلاثمائة مفت على إباحة دمه في أيام السلطان محمود رحمه الله تعالى ، وأفتوا بقتله من أجل اعتقاده مذهَب الحكماء ، فقال السلطان محمود أنا رجل عامي لا أعرف هذا الأمر إن وجب قتله فاقتلوه ، فخلصه منهم الأرصابندي من الحنفية ، ثم صنف إحياء علوم الدين ، وذكر فيه مناقب أبي حنيفة وأطنب في مدحه بالعلم والزهد والورع .

وذكر ابن عطية في تفسيره في سورة التكوير : ذهب قوم من الملحدين كالغزالي إلى أن الشمس نفس ابن آدم ، والنجوم عيناه وحواسه ، والعشاء ساقاه ، وذلك عند موته ، وكفروه بأمور منها ليس في الممكن أبدع من هذا العالم .

وإن قالت له خالعني على ما في يدي من مال، فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها؛ لأنها لما سمت مالاً لم يكن الزوج راضيًا بالزوال إلا بعوض، ولا وجه إلى إيجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا وجه، ولا إلى قيمة البضع، أعني مهر المثل لأنه غير متقوم حالة الخروج، فتعين إيجاب ما قام به على الزوج دفعًا للضرر عنه .

م: (**وإن قالت له خالعني على ما في يدي من مال فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها ؛لأنها سمت مالاً لم يكن الزوج راضيًا بالزوال إلا بعوض، ولا وجه إلى إيجاب المسمى وقيمته للجهالة، ولا وجه**) ش: أي ولا وجه أيضًا بالرجوع م: (**إلى قيمة البضع، أعني مهر المثل؛ لأنه غير متقوم حالة الخروج**) ش: لأن الزوج لم يملك شيئًا، بل أسقط حقه عنها م: (**فتعين إيجاب ما قام به على الزوج**) ش: أي إيجاب ما قام البضع بالمال على الزوج، وهو المهر، وبه قال القاضي من الحنابلة . وفي المغني عليها ما يقع عليه اسم المشاع، وعند أحمد وعند الشافعي عليها مهر المثل قولاً واحدًا م: (**دفعًا للضرر عنه**) ش: أي عن الزوج، لأن فيه دفعًا للغرور بقدر الإمكان، ولا يقال البضع صار مستهلكًا ولا إمكان بفسخ الخلع، فيجب قيمة البضع عليها، لأنا نقول يبطل ذلك بارتداد المرأة، فإن استهلاك البضع حاصل مع هذا لا رجوع بقيمة البضع عليها .

وفي «قاضي خان» لو قال لها اخلعي نفسك بالمال أو بما شئت، وقالت اختلعت لا يقع الطلاق، لأنه يصير مستزيدًا ومستنقصًا وهو محال، وكذا لو قال بألف فقالت اختلعت ذكر في الوكالة أنه يقع، وفي الطلاق أنه لا يتم، ولو قال اخلعي نفسك ولم يذكر مالا ذكر خواهر زاده أنه تقع طلقة واحدة بائنة، وفي المنتقى لا يصح ولا يكون دخولها إلا بالمال، إلا أن ينوي الزوج الطلاق بغير مال، وكذا لوقال لغيره: اخلع امرأتي فليس له أن يخلعها إلا بمال .

وذكر ابن سماعة عن محمد أنه يكون طلاقًا بائنًا بغير مال، وبه أخذ المشايخ، وفي «جوامع الفقه» : لو قال بعتك نفسك بكذا كان خلعًا، ولم يذكر البدل في رواية هشام وابن سماعة عن محمد، وعن الكرخي وأبي القاسم أنه ليس بخلع، وفي موضع آخر أنه يقع به طلاق بائن ولا يبرأ الزوج عن المهر، وعن ابن سلام يبرأ، وهو اختيار الشهيد حسام الدين في «الفتاوى» .

وفي «الفتاوى» إن نوى الطلاق يقع ولا يبرأ من المهر وقال اخلعي نفسك كذا، فقالت فعلت لم يذكر البدل كان سؤالاً وطلبًا للخلع، حتى لو قال خلعتك بكذا يتوقف على قبولها، هكذا في الأصل، وعن محمد يقع بغير شيء، وكذا لو قالت اخلعني بمال .

وفي «الفتاوى » لو قال اشتري نفسك مني ولم يذكر مالاً فقالت اشتريت لا يصح، بخلاف قوله: اخلعي نفسك مني فقالت اختلعت، ولو قالت اخلعني بكذا فقال طلقتك فهو جواب، وقيل ابتداء ولو قال طلقتك للسنة هو ابتداء بلا خلاف، ولو قال خلعتك بكذا فقالت نعم فليس بشيء كأنها قالت نعم خلعتني، ولو قالت رضيت أو أجزت صح .

ولو قـالت خالعني على مـا في يدي من دراهم، أو من الدراهم فـفـعل ،ولم يكن في يدها شيء فعليهـا ثلاثة دراهم؛ لأنها سمت الجمع وأقله ثلاثة ، وكلمة «من »هنا للصلة دون التـبعيض لأن الكلام يختل بدونه ، وإذا اخـتلعت على عبد لها آبق على أنهـا بريئة من ضمانه لم تبـرأ ، وعليها تسليم عينه إن قدرت ، وتسليم قيمته إن عجزت ؛لأنه عقـد المعاوضة ، فيقتضي سلامة العوض ، واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل ، إلا أن الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة ،

م: (**ولو قالت: خالعني على مـا في يدي من دراهم أو من الدراهم ففعل ، ولم يكن في يدها شيء فعليها ثلاثة دراهم ؛ لأنهـا سمت الجمع وأقله ثلاثة ، وكلمة «من» هنا للصلة**) ش: أي للبيان م: (**دون التبعيض ؛ لأن الكلام يختل بدونه**) ش: أي بدون من ، لأنها لو قالت اخلعني على ما في يدي من دراهم كان الكلام مختلاً ، فكان صلة ، ويبقى لفظ الجمع فيلزمها ثلاثة دراهم .

فإن قلت : ينبغي أن يلزمها درهم واحد ، لأن الجمع المعروف باللام للجنس ، قلت نعم ، إذا كان الجمع مجردًا عن الإضافة والإشارة لاختصاصه بما تحويه يده والدراهم حقيقة ، فيجب اعتبار معنى الجمعية على أنا نقول إن اللام الداخل على الجمع فيه اختلاف ، قيد البعض بمطلق الجمع لعل المصنف ذهب إلى هذا القول ولا يرد عليها ما إذا قال لامرأته اختاري من الثلاث ما شئت ، فإنها إذا اختارت الواحدة أو الثنتين يصح ، لأن - من - فيه للتبعيض لعدم اختلال الكلام بدونه ، بخلاف صورة الخلع ، فإن - من - فيها للتبيين والصلة لاختلال الكلام بدونه ، ولا يقال المفهوم من اختاري ما شئت غير المفهوم من اختاري من الثلاث ما شئت ، لأنا نقول المغايرة بين المعنيين لا تقتضي الاختلال في الكلام ، لأن المدعى صحة الكلام بدون ذكر من ، وصحته ليست بموقوفة على عدم المغايرة .

م: (**وإذا اختلعت على عبد لها آبق على أنها بريئة من ضمانه**) ش: أي إيابه ، يعني لا تطيق على تحصيله إن وجدته سلمته ، وإلا فلا شيء عليها م: (**لم تبرأ**) ش: وعند مالك لا ضمان عليها ، وعند الشافعي يجب مهر المثل إن صح الخلع وفي الأصح عنده لا يصح الخلع م: (**وعليها تسليم عينه**) ش: أي وعلى المرأة تسليم عين العبد م: (**إن قدرت ، وتسليم قيمـته إن عجزت لأنه**) ش: أي لأن الخلع م: (**عقد المعاوضـة ، فيقتضي سلامة العـوض ، واشتراط البراءة عنه**) ش: أي عن الزوج م: (**شرط فاسد فيبطل**) ش: أي الشرط م: (**إلا أن الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة**) ش: وكذا التبرعات لا تبطل بها .

فإن قيل سلمنا أن الخلع لا يبطل بالشرط الفاسد ، ولكن ينبغي أن تفسد التسمية ويرجع الزوج عليها بالمهر ، والجواب أن مبنى الخلع على التوسع ، فلا يمنع صحته باعتبار الإباق ، لأن العقد إذا كان صحيحًا كان ما يناقضه من الشرط فاسدًا ساقطًا ، والساقط لا يؤثر فساد الشيء .

فإن قيل الخلع كما يوجب تسليم المسمى فكذا يوجب تسليمه بوصف كونه سليماً، واشتراط

وعلى هذا النكاح وإذا قالت طلقني ثلاثًا بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الألف لأنها لما طلبت الثلاث بألف فقد طلبت كل واحدة بثلث الألف، وهذا لأن حرف الباء يصحب الأعواض ، والعوض ينقسم على المعوض ، والطلاق بائن لوجوب المال . وإن قالت طلقني ثلاثًا على ألف فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند أبي حنيفة -رحمه الله - ويملك الرجعة ،وقالا هي واحدة بثلث الألف ؛ لأن كلمة «على» بمنزلة الباء في المعاوضات حتى إن قولهم :احمل هذا الطعام بدرهم أو على درهم سواء .

البراءة عن وصف السلامة صحيح ، فيصح اشتراطها عن تسليم المسمى أيضاً ، أجيب : بأن استحقاق التسليم بوصف السلامة ، ألا ترى أن بيع ما لا يقدر على تسليمه لا يجوز ، والبيع شرط البراءة عن العيوب يجوز ، فلا يلزم من جواز الأدنى جواز الأعلى .

م: (**وعلى هذا النكاح**) ش: يعني على هذا الحكم إذا تزوجها على عبد آبق له باشتراط البراءة عن ضمانه جاز النكاح ، ولم يبرأ عن ضمانه ، ويجب تسليم عينه إذا قدر ، وإلا تسلم قيمته .

م: (**وإذا قالت طلقني ثلاثًا بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الألف**) ش: وبه قال الشافعي وعند مالك يقع بألف ، وعند أحمد يقع بغير شيء م: (**لأنها لما طلبت الثلاث بألف فقد طلبت كل واحدة بثلث الألف ، وهذا لأن حرف الباء يصحب الأعواض ، والعوض ينقسم على المعوض**) ش: أي على أجزاء المعوض ، فيقابل كل طلقة بثلث الألف .

فإن قلت : هذا يشكل بالبيع ، فلو قال بعت منك هذه العبيد الثلاثة كل واحد بثلث الألف ، فقبل البيع في واحد بعينه لم يجز ، ولم يجب ثلث الألف .

قلت : الطلاق لا يبطل بالشرط الفاسد لقبوله التعليق والأخطار ، ولا كذلك البيع .

م: (**والطلاق بائن لوجوب المال**) ش: أي بالإجماع .

م: (**وإن قالت طلقني ثلاثًا على ألف فطلقها واحدة ، فلا شيء عليها عند أبي حنيفة**) ش: وبه قال أحمد كقوله في الباء ، وقال مالك كالكلام في الباء م: (**ويملك الرجعة**) ش: لأنه لما لم يجب المال، لأن الشروط لا تتوزع على أجزاء الشرط كان الطلاق رجعيًا ، لأن الزوج كان مبتدئًا في إيقاع الطلاق ، وصريح الطلاق يعقب الرجعة في المدخولة إذا لم يقرن بالثلاث م: (**وقالا**) ش: أي قال أبو يوسف ومحمد م: (**هي واحدة بائنة بثلث الألف**) ش: أي الطلقة واحدة بائنة ، **وبه قال** الشافعي م: (**لأن كلمة «على» بمنزلة الباء في المعاوضات**) ش: يعني تستعمل في المعاوضات بمعنى الباء والخلع معاوضة ، فيكون بمنزلة الباء كدخوله على المال دون الطلاق ، والمال لا يقبل التعليق م: (**حتى إن قولهم :احمل هذا الطعام بدرهم أو على درهم سواء**) ش: سواء بالرفع خبر إن، والباء

وله أن كلمة على للشرط، قال الله تعالى : ﴿ يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئًا ﴾. (الممتحنة: الآية ١٢) . ومن قال لامرأته أنت طالق على أن تدخلي الدار كان شرطًا، وهذا لأنه للزوم حقيقة، واستعير للشرط لأنه يلازم الجزاء، وإذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط ، بخلاف الباء ، لأنه للعوض على ما مر ، وإذا لم يجب المال كان مبتدأ ، فوقع ويملك الرجعة .

لمعان كثيرة منها تستعمل بمعنى الاستعلاء ، فتكون بمعنى على ، كما في قوله تعالى : ﴿من إن تأمنه بقنطار ﴾(آل عمران : الآية ٧٥)، أي على قنطار ، ﴿ وإذا مروا بهم ﴾ أي عليهم ﴿يتغامزون﴾ .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى م: (**أن كلمة على للشرط ، قال الله تعالى : ﴿يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئًا ﴾**) (الممتحنة : **الآية ١٢**) ش: أي شرط أن لا يشركن ، وهذا في بيعة النساء والشرط يقابل المشروط جملة ، ولا يقابله أجزاءه وعلى هذا لو قال لها : أنت طالق على أن تدخلي الدار كان شرطًا ، وكذا إذا قال بعت هذا العبد على أنه خباز أو كاتب كان شرطًا .

فإن قلت : يشكل هذا بما إذا قالت له طلقني وفلانة على ألف ، فطلقها وحدها كان عليها حصتها من المال بمنزلة ما لو التمست بحرف الباء .

وأجيب : بأنه حملت هناك على الباء ، لأنه لا غرض لها في طلاق فلانة ، فيجعل ذلك كالشرط ، ولها في اشتراط إيقاع الثلاث غرض صحيح ، كذا في «المبسوط » .

م: (**ومن قال لامرأته: أنت طالق على أن تدخلي الدار كان شرطًا**) ش: هذه المسألة للاستشهاد على أن على للشرط ، وليست هي بمسألة ابتدائية م: (**وهذا لأنه**) ش: أي لأن حرف على م: (**للزوم حقيقة ، واستعير للشرط لأنه**) ش: أي لأن الشرط م: (**يلازم الجزاء**) ش: بيانه ، أن كلمة على للاستعلاء ، ثم إذا استعملت للشرط تكون مجازًا ، ويجوز المجاز للاتصال من حيث الملازمة ، لأن وجود الشرط مستلزم لوجود الجزاء م: (**وإذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع**) ش: على صيغة المجهول ، يقال توازعوه إذا اقتسموه ، وهو معتد كما ترى م: (**على أجزاء الشرط**) ش: لأن المشروط لا يوجد إلا عند وجود الشرط ، والشرط عبارة عن جميع الأجزاء فلا يقع جزء من المشروط بوجود جزء من الشرط ، لعدم وجود الشرط م: (**بخلاف حرف الباء ، لأنه للعوض على ما مر**) ش: أي عند قوله لأن حرف الباء يصحب الأعواض .

م: (**وإذا لم يجب المال**) ش: في المسألة المذكورة ، وهي قوله **وإن قالت طلقني ثلاثًا** . . . إلى آخره م: (**كان مبتدأ**) ش: أي كان الرجل مبتدأ غير مبني على سؤالها م: (**فوقع**) ش: أي الطلاق وقع رجعياً ، وهو معنى قوله : م: (**ويملك الرجعة**) ش: لأن الطلاق الصريح يعقب الرجعة .

ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثًا بألف أو على ألف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء،لأن الزوج ما رضي بالبينونة إلا لتسلم له الألف كلها ، بخلاف قولها طلقني ثلاثًا بألف لأنها لما رضيت بالبينونة بألف كانت ببعضها أرضى . ولو قال لها أنت طالق على ألف فقبلت طلقت وعليها الألف وهو كقوله أنت طالق بألف ولا بد من القبول في الوجهين ، لأن معنى قوله بألف بعوض ألف يجب لي عليك ، ومعنى قوله على ألف على شرط ألف يكون لي عليك ، والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده ، والطلاق بائن لما قلنا . ولو قال لامرأته :أنت طالق وعليك ألف فقبلت ، أوقال لعبده: أنت حر وعليك ألف فقبل عتق العبد ، وطلقت المرأة ، ولا شيء عليهما

م: (**ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثًا بألف أو على ألف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء؛ لأن الزوج ما رضي بالبينونة إلا لتسلم له الألف كلها**) ش: لأن رضاه بزوال ملكه بالألف لا يدل على رضاه بزوال ملكه بأقل من الألف م: (**بخلاف قولها :طلقني ثلاثًا بألف**) ش: فطلقها واحدة يقع واحدة بائنة م: (**لأنها لما رضيت بالبينونة بألف كانت ببعضها**) ش: أي ببعض الألف م: (**أرضى**) ش: يعني لما رضيت بتملك نفسها بوقوع البينونة بأقل من الألف كان رضاها بالألف بالطريق الأولى .

م: (**ولو قال لها: أنت طالق على ألف فقبلت طلقت وعليها الألف**) ش: وإنما توقف على قبولها، لأنه إيجاب معاوضة فلا بد من القبول ، فإذا قبلت وقعت واحدة بائنة لوجوب المال ، لكن بشرط القبول في المجلس ، حتى إذا قامت قبل القبول بطل ذلك ، لأنه بمنزلة تعليق الطلاق بمشيئتها وتمليك الأمر منها ، والتمليكات تقتصر على المجلس م: (**وهو كقوله أنت طالق بألف**) ش: أي حكم هذا الحكم ذلك فيما ذكر . وذكر التمرتاشي لوقال أنت طالق بألف أوعلى ألف أو خالعتك على ألف باريتك أو طلقتك بألف يقع على القبول في المجلس ، وهذا يمين من جهة فيصح تعليقه وإضافته ، ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ، ويتوقف على البلوغ عليها إذا كانت غايته ، لأنه تعليق الطلاق بقبولها المال ، وهو من جهتها المبادلة ، فلا يصح تعليقها وإضافتها ، ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ، ويبطل بقيامها عن المجلس .

م: (**ولا بد من القبول في الوجهين**) ش: أي في قوله أنت طالق على ألف ، وفي قوله أنت طالق بألف م: (**لأن معنى قوله «بألف» بعوض ألف يجب لي عليك ، ومعنى قوله «على ألف» على شرط ألف يكون لي عليك ، والعوض لا يجب بدون قبوله ، والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده ، والطلاق بائن لما قلنا**) ش: أي لوجود المال .

م: (**ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف ، فقبلت ، أو قال لعبده أنت حر وعليك ألف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ولا شيء عليهما**) ش: أي على المرأة والعبد ، أي لا يجب عليهما شيء

عند أبي حنيفة -رحمه الله- وكذا إذا لم يقبلا . وقالا : على كل واحد منهما الألف إذا قبلا وإذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق . لهما أن هذا الكلام يستعمل للمعاوضة ، فإن قولهم: احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم : بدرهم ، وله أنه جملة تامة فلا ترتبط بما قبلها إلا بدلالة الحال إذ الأصل فيها الاستقلال ولا دلالة هنا ، لأن الطلاق والعتاق ينفكان عن المال ، بخلاف البيع والإجارة لأنهما لا يوجدان دونه . ولو قال : أنت طالق على ألف على أني بالخيار، أو على أنك بالخيار ثلاثة أيام، فقبلت فالخيار باطل إذا كان للزوج وهو جائز إذا كان للمرأة ، فإن ردت الخيار في الثلاث بطل، وإن لم ترد طلقت ولزمها الألف ، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله .

م: (**عند أبي حنيفة ، وكذا إذا لم يقبلا**) ش: أي المرأة والعبد م: (**وقالا**) ش: أي قال أبو يوسف ومحمد وبه قال الشافعي وأحمد م: (**على كل واحد منهما**) ش: أي من المرأة والعبد م: (**الألف إذا قبلا**) ش: أي كل واحد منهما م: (**وإذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق**) ش: وكذا أي على الخلاف إذا قالت طلقني ولك ألف درهم ففعل الزوج وقع الطلاق ولم يكن له في الألف شيء عند أبي حنيفة .

م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد م: (**أن هذا الكلام يستعمل للمعاوضة**) ش: أراد بهذا الكلام قوله وعليك ألف ، وقولها ولك ألف وهو يستعمل للمعاوضة ، والخلع معاوضة أيضاً م: (**فإن قولهم: احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم : بدرهم**) ش: وكذا خيط هذا الثوب ولك درهم توضيحه أن الواو قد تكون للحال ، ولا وجه لتصحيح كلامه أن يحمل على ذلك ، فيصير كأنه قال أنت طالق في حال ما يجب عليك ألف ، ولا يكون ذلك إلا بعد قبولها ، كما لو قال أد لي ألفًا وأنت طالق ، أو لعبده أد إلي ألفاً وأنت حر ، فإن الطلاق والعتاق لا يقعان إلا بالمال .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة م: (**أنه**) ش: أي أن قوله عليك ألف م: (**جملة تامة**) ش: مستقلة بنفسها ، لأنها مبتدأ وخبر ، والأصل فيها الاستقلال م: (**فلا ترتبط بما قبلها إلا بدلالة الحال إذ الأصل فيها**) ش: أي في الجملة م: (**الاستقلال**) ش: أي الاستبداد بنفسها م: (**ولا دلالة هنا**) ش: على الارتباط بما قبلها م: (**لأن الطلاق والعتاق ينفكان عن المال**) ش: لأن عادة الكرام فيهما الامتناع عن قبول عوض م: (**بخلاف البيع والإجارة ، لأنهما لا يوجدان دونه**) ش: أي دون المال لكونهما معاوضة محضة ، فيصلح أن يكون حال المعاوضة دليلاً .

م: (**ولو قال أنت طالق على ألف على أني بالخيار ، أو على أنك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت**) ش: أي قالت فقبلت م: (**فالخيار باطل إذا كان للزوج**) ش: فالطلاق واقع م: (**وهو**) ش: أي الخيار م: (**جائز إذا كان للمرأة ، فإن ردت الخيار في الثلاث**) ش: أي في ثلاثة أيام م: (**بطل**) ش: أي الطلاق م: (**وإن لم ترد**) ش: أي الخيار م: (**طلقت ولزمها الألف ، وهذا**) ش: أي هذا الذي ذكرناه م: (**عند أبي حنيفة**

وقـالا: الخيـار باطل في الوجهين والطلاق واقع ، وعـليهـا ألف درهم ؛ لأن الخيـار للفسخ بعـد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد والتصرفان لا يحتملان الفسخ من الجانبين ، لأنه في جانبه يمين ومن جانبهـا شرط . ولأبي حنيفة- رحمه الله- أن الخلع في جـانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجـوعها ، ولا يتوقف على مـا وراء المجلس ، فيـصح اشتراط الخـيار فيه . أمـا في جانبـه يمين حتى لا يصح رجوعه ويتوقف على ماوراء المجلس ، ولا خيار في الأيمان ، وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق . ومن قال لامـرأته : طلقتك أمس على ألف درهم فلم تـقبلي ، فقـالت قبلت فالقول قول الزوج ، ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بألف درهم أمس فلم تقبل ، فقال قبلت

وقالا) ش: أي أبو يوسف ومحمد م: (والخيار باطل في الوجهين) ش: أي فيما إذا كـان الخيار من جانبها أو من جـانبه م: (والطلاق واقع وعليـهـا ألف درهم) ش: وبه قال الشـافعي وأحـمد م: (لأن الخيار) ش: أي شرعية الخيار م: (للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد) ش: يعني أثر الخيار في الفسخ بعد صحة الإيجاب لا في المنع من الإيجاب م: (والتصرفان) ش: أي إيجاب الزوج وقبول المرأة م: (لا يحتملان الفسخ من الجانبين) ش: أي من جانب الزوج وجانب اليمين .

م: (لأنه) ش: لأن الخلـع م: (في جانـبه يمين) ش: لأنه ذكـر شرط وجزاء ، يعني اليمين لا يقبل الفسخ م: (ومن جـانبهـا شرط) ش: أي اليـمين ، فإن يمين الزوج تتم بقبـول المرأة ، فـأخذ قبولها حكم اليمين في عدم احتمال الفسخ م: (ولأبي حنيفـة أن الخلع في جانبهـا بمنزلة البيع) ش: لأنه تمليك مـال بعوض م: (حتى يصح رجـوعها) ش: ولو قـامت من المجلس بطل كما في البيع ، وإذا كـان كـذلـك صح اشتراط الخيار فيه م: (ولا يتوقف على ما وراء المجلس ، فيصح اشتراط الخيار فيه ، أما في جانبه) ش: أي أما الخلع في جانب الزوج م: (فيمين حتى لا يصح رجوعه ، ويتوقف على ما وراء المجلس ، ولا خيار في الأيمان وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق) ش: يعني يصح الخيار من العبـد ، إذا خيره في الاعـتاق على مـال كمـا يصح الخلع من جانب المرأة توضيحه إذا طلقهـا على مال جـعل لها الخيار ثلاثة جاز عند أبي حنيفة لأنه في معنى البيـع ، فكـذلك إذا أعتق عبده على مال ، وجعل له الخيار ثلاثة أيام جاز ، لأنه في معنى البيع ، وعندهما لا يصح الخيار ، لأن بذل المال شرط اليمين، ولا يصح الخيار في اليمين ، وكذا في شرطها .

فإن قيل ثبوت الخيار ثبت بخلاف القياس ، فلا يقاس عليه غيره ، قلنا اثبتنا الخيار هنا بدلالة النص لا بالقيـاس ، فإن ثبوت الخيار في البيع لرفع الغبن في الأموال والغبن في النفوس أضر ، والحـاجـة إلى الرأي فيه أكـثر ، فإنه ربما يفوته هذا الازدواج على وجـه لا يحـصل له مـثله أبدًا ، فيصح فيه الخيار للتأمل ، وهذا المعنى يعرفه كل من يعرف اللغة ، فيكون ثابتًا بدلالة النص .

م: (ومن قـال : لامرأته طلقـتك أمس على ألف درهم ، فلم تـقبلي ، فـقالت قـبلت فـالقول قـول الزوج) ش: مع يمينه م: (ومن قال لغيره بعت منك هذا العبـد بألف درهم أمس فلم تقبل ، فقال : قبلت

فالقول قول المشتري ، ووجه الفرق أن الطلاق بالمال يمين من جانبه ، فالإقرار به لا يكون إقراراً بالمشرط لصحته بدونه. أما البيع فلا يتم إلا بالقبول ، والإقرار به إقرار بما لا يتم إلا به فإنكاره القبول رجوع منه. قال : والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند أبي حنيفة -رحمه الله-. وقال محمد -رحمه الله- :لا يسقط فيهما إلا ما سمياه . وأبو يوسف -رحمه الله-معه في الخلع ، ومع أبي حنيفة-رحمه الله- في المبارأة. لمحمد -رحمه الله- أن هذه معاوضة ، وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير ، ولأبي يوسف -رحمه الله- أن المبارأة مفاعلة من البراءة

فالقول قول المشتري ، ووجه الفرق) ش: أي بين المسألتين ، مسألة الطلاق ومسألة البيع ، م: **(أن الطلاق بالمال يمين من جانبه)** ش: لأنه تعليق الطلاق بشرط قبول المرأة المال واليمين يتم بالحالف م: **(فالإقرار به)** ش: أي باليمين ، وإنما ذكر الضمير على تأويل الحلف م: **(لا يكون إقراراً بالشرط)** ش: أي لوجود الشرط ، لأنه إذا وجد الشرط انحلت اليمين وارتفعت ، فكان القول قول الزوج مع اليمين م: **(لصحته)** ش: أي لصحة اليمين ، وجه تذكير الضمير مر الآن م: **(بدونه)** ش: أي بدون الشرط .

م: **(أما البيع فلا يتم إلا بالقبول ، والإقرار به)** ش: أي بالبيع م: **(إقرار بما لا يتم إلا به)** ش: الضمير المستتر في - لا يتم - يرجع إلى البيع أيضًا م: **(فإنكاره القبول رجوع منه)** ش: فلا يصدق .
م: **(قال)** ش: أي القدوري رحمه الله تعالى : م: **(والمبارأة كالخلع)** ش: المبارأة من بارأ شريكه ، أي إبراء كل واحد منهما صاحبه ، وهي بالهمزة ، قال في «المغرب» : ترك الهمزة خطأ م: **(كلاهما)** ش: أي كل من المبارأة والخلع م: **(يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح)** ش: أي بسبب النكاح مثل المهر والنفقة الماضية دون المستقبلة ، لأن المختلعة والمبارأة تستحق النفقة والسكنى ما دامت في العدة ، وبه صرح الحاكم الشهيد في «الكافي» ، وقوله - بما يتعلق على الآخر بالنكاح - احتراز عن دين وجب بسبب آخر فإنه لا يسقط على ظاهر الرواية ، ونفقة العدة لا تسقط أيضاً إلا بالتسمية ، وكذا السكنى بالإجماع ، ولو خالعها ولم يذكر المال وقبلت لا يسقط شيء من المهر في ظاهر الرواية ، وقال شيخ الإمام السعدي وشيخ الإسلام سقط إن كان عليه ، ولا يجب عليها رد ما قبضت ، لأن المال مذكور عرفًا بذكر الخلع . م: **(هذا عند أبي حنيفة ، وقال محمد لا يسقط فيهما)** ش: أي في المبارأة والخلع م: **(إلا ما سمياه)** ش: أي الزوجان ، يعني لا يسقطان شيئًا سوى المسمى في عقد الخلع ، وبه قال الشافعي م: **(وأبو يوسف معه)** ش: أي مع محمد م: **(في الخلع ، ومع أبي حنيفة في المبارأة . لمحمد أن هذه)** ش: أي المبارأة والخلع م: **(معاوضة ، وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير)** ش: أي الذي وقع عليه الشرط م: **(ولأبي يوسف أن المبارأة مفاعلة من البراءة)** ش: وباب المفاعلة يقتضي نسبة الفعل إلى فاعلين إلى أحدهما صريحًا ، وإلى الآخر ضمنًا فثبت براءة كل واحد منهما بالآخر ،

فتقتضيها من الجانبين ، وأنه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض. أما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نقض النكاح ، ولا ضرورة إلى انقطاع الأحكام ، ولأبي حنيفة - رحمه الله- أن الخلع ينبئ عن الفصل ، ومنه خلع النعل وخلع العمل ، وهو مطلق كالمبارأة فيعمل بإطلاقهما في النكاح وأحكامه وحقوقه . ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها ؛لأنه لا نظر لها فيه إذ البضع في حالة الخروج غير متقوم ، والبدل متقوم بخلاف النكاح ؛ لأن البضع متقوم عند الدخول ، ولهذا

وهو معنى قوله م: (**فتقتضيها**) ش: أي فتقتضي البراءة م: (**من الجانبين**) .

م: (**وأنه**) ش: أي أن لفظ البراءة والتذكير باعتبار المذكور م: (**مطلق**) ش: يعني غير مقيد بشيء م: (**قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض**) ش: وهو وقوع البراءة عما وقعت البراءة لأجله وهو النشوز الحاصل بسبب وصلة النكاح وانقطاع المنازعة ، إنما يكون بإسقاط ما وجب بسبب تلك الوصلة ، كذا قاله بعض الشراح ، وقيل الغرض هو قطع المنازعة الناشئة بالنكاح ، فتقييد البراءة بالحقوق الواجبة بالنكاح . م: (**أما الخلع فمقتضاه الانخلاع ، وقد حصل في نقض النكاح ، ولا ضرورة إلى انقطاع الأحكام**) ش: أي سائر الأحكام ، لأنها لم تكن بسبب وصلة النكاح م: (**ولأبي حنيفة-رحمه الله تعالى- أن الخلع ينبئ عن الفصل ، ومنه خلع النعل وخلع العمل**) ش: وهو انفصال العامل عنه م: (**وهو**) ش: أي الخلع م: (**مطلق كالمبارأة**) ش: فيضاف إلى الكامل م: (**فيعمل بإطلاقهما**) ش: أي بإطلاق المبارأة والخلع م: (**في النكاح وأحكامه وحقوقه**) ش: الواجبة به دون سائر الديون .

وقال الأترازي : ثم بالخلع هل يقع البراءة من دين آخر سوى دين النكاح في ظاهر الرواية، أو في رواية الحسن عن أبي حنيفة يقع ، وكذلك المبارأة هل توجب البراءة عن سائر الديون فيه اختلاف المشايخ ، والصحيح أنها لا توجب ، وكذا في الفتاوى الصغرى ، أما إذا كان العقد بلفظ الطلاق على مال ، فهل تقع البراءة عن الحقوق المتعلقة بالنكاح ؟ ففي ظاهر الرواية لا يقع ؛ لأن لفظ الطلاق لا يدل على إسقاط الحق الواجب بالنكاح ، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة تقع البراءة عنها لإتمام المقصود ، ولو كان الخلع بلفظ البيع والشراء اختلف المشايخ فيه على قول أبي حنيفة قال في الفتاوى الصغرى ، والصحيح أنه كالخلع والمبارأة .

م: (**ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها**) ش: وبه قال الشافعي وأحمد ، وقال مالك يجوز ، لأن ولايته نظرية م: (**لأنه لا نظر لها فيه**) ش: أي في هذا الخلع م: (**إذا البضع**) ش: أي لأن البضع م: (**في حالة الخروج غير متقوم**) ش: ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث م: (**والبدل متقوم**) ش: ولا نظر في إلزام ما هو متقوم بمقابلة ما ليس بمتقوم م: (**بخلاف النكاح**) ش: فإن الرجل إذا زوج ابنه الصغير امرأة بمهر المثل صح م: (**لأن البضع متقوم عند الدخول**) ش: أي حالة الدخول م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل كون البضع في حالة الخروج غير متقوم ، ومتقوم عند

يعتبر خلع المريضة من الثلث ، ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال ، وإذا لم يجز لا يسقط المهر ، ولا يستحق مالها، ثم يقع الطلاق في رواية ، وفي رواية لا يقع ، والأول أصح ، لأنه تعليق بشرط قبوله ، فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط . وإن خالعها على ألف على أنه ضامن ، فالخلع واقع ، والألف على الأب ؛ لأنه اشتراط بدل الخلع على الأجنبي صحيح ، فعلى الأب أولى ولايسقط مهرها ؛ لأنه لم يدخل تحت ولاية الأب .وإن شرط الألف عليها توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول ، فإن قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ، ولايجب المال ؛ لأنها ليست من أهل الغرامة، فإن قبله الأب عنها ففيه روايتان ،

الدخول م: (**يعتبر خلع المريضة من الثلث**) ش: أي من ثلث التركة م: (**ونكاح المريض**) ش: أي يعتبر نكاح المريض م: (**بمهر المثل من جميع المال**) ش: فكأنه بمقابلة المتقوم بالمتقوم ، وهذا من وجوه النظر .

م: (**وإذا لم يجز**) ش: أي الخلع م: (**لا يسقط المهر ولا يستحق مالها**) ش: أي لا يستحق الزوج مالها بدل الخلع م: (**ثم يقع الطلاق في رواية ، وفي رواية لا يقع والأول**) ش:أي وقوع الطلاق م: (**أصح**) ش: قال الصدر الشهيد والإمام العتابي في شرحيهما للجامع الصغير : م: (**لأنه تعليق بشرط قبوله**) ش: أي لأن الخلع تعليق الطلاق بشرط قبول الأب وقد وجد م: (**فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط**) ش: مثل أن يقول إن دخلت الدار وغيره ، وذلك إذا وجد الشرط ، فكذلك إذا وجد القبول .

م: (**فإن خالعها**) ش: أي فإن خالع الأب الصغيرة م: (**على ألف على أنه**) ش: أي أن الأب م: (**ضامن فالخلع واقع ، والألف على الأب ، لأن اشتراط بدل الخلع على الأجنبي صحيح ، فعلى الأب أولى**) ش: ومعنى الضمان هنا التزام المال على نفسه لا لكفالة الصغيرة ، لأن الزوج لا يستحق عليه مالاً حتى يكفل عنها أحد ، م: (**ولا يسقط مهرها لأنه لا يدخل تحت ولاية الأب**) ش: بل يبقى الكل إن دخل بها ، والنصف إن لم يدخل بها م: (**وإن شرط الألف عليها**) ش: أي وإن شرط الأب الألف على الصغيرة م: (**توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول**) ش: أي إن كانت عاقلة .

وقال التمرتاشي : إن كانت تعقل العقد وتعبر عن نفسها م: (**فإن قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط**) ش: وهو القبول م: (**ولا يجب المال لأنها**) ش: أي لأن الصغيرة م: (**ليست من أهل الغرامة**) ش: بل يجب الكل إن دخل بها ، والنصف إن لم يدخل بها .

م: (**وإن قبله الأب عنها**) ش: أي فإن قبل بدل الخلع الأب عن الصغيرة م: (**ففيه**) ش: أي ففي هذا القبول ، قاله الأكمل وقال الأترازي : أي في وقوع الطلاقم: (**روايتان**) ش: عن أصحابنا قلت الذي قاله الأكمل هو الصحيح روايتان في رواية يصح ، لأن هذا نفع محض ، لأن

وكذا إن خالعها على مهرها ولم يضمن الأب المهر توقف على قبولها ، فإن قبلت طلقت ولا يسقط المهر . وإن قبل الأب عنها فعلى الروايتين . وإن ضمن الأب المهر وهو ألف درهم طلقت لوجود قبوله ، وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانًا. وفي القياس يلزمه الألف ، وأصله في الكبيرة إذا اختلعت قبل الدخول على ألف ومهرها ألف ، ففي القياس عليها خمسمائة زائدة ، وفي الاستحسان لا شيء عليها لأنه يراد به عادة حاصل مايلزم لها .

الصغيرة تخلص عن عهدته بغير مال فصح من الأب كقبول الهبة ، وفي رواية لا يصح ، لأن هذا القبول بمعنى شرط اليمين ، وذلك لا يحتمل النيابة كذا في مبسوط شيخ الإسلام في «الكافي» ، وهذا لا يصح .

م: **(وكذا إن خالعها على مهرها)** ش: وكذا الحكم إن خالع الصغيرة زوجها على مهرها م: **(ولم يضمن الأب المهر توقف على قبولها ، فإن قبلت طلقت ولا يسقط المهر ،فإن قبل الأب عنها ، فعلى الروايتين)** ش: قال تاج الشريعة : يعني في قبول الأب المهر روايتان ، في رواية يصح ، وهو قول عامة المشايخ لأنه نفع محض ، وفي رواية لا يصح ، لأن هذا القبول شرط اليمين ، وذلك لا يحتمل النيابة .

م: **(وإن ضمن الأب المهر)** ش: أي في صورة خلع الأب مع الزوج م: **(وهو)** ش: أي المهر م: **(ألف درهم طلقت لوجود قبوله ، وهو الشرط ، ويلزمه)** ش: أي يلزم الأب م: **(خمسمائة استحسانًا)** ش: لأن المسألة مصورة في غير الموطؤة بدليل إيراد أهل هذه المسألة في الكبيرة التي يدخل بها ، ثم لما كانت الصغيرة غير موطوءة ، وأضيف الخلع إلى مهر ، والمهر ما يجب بالنكاح ، والواجب بالنكاح في الطلاق قبل الدخول نصف المهر وهو خمسمائة ، فكأنه خالعها على خمسمائة م: **(وفي القياس يلزمه الألف)** ش: بحكم الضمان .

م: **(وأصله)** ش: أي وأصل ما ذكر من هذه المسألة م: **(في الكبيرة)** ش: أي في المرأة الكبيرة م: **(إذا اختلعت قبل الدخول على ألف ومهرها ألف ، ففي القياس عليها خمسمائة زائدة)** ش: أي على المهر زائدة ، لأن الصفة تتبع المضاف إليه ، كما في قوله تعالى :﴿ **سبع بقرات سمان**﴾ (يوسف : الآية ٤٣) ، لأن الصداق إذا لم يكن مقبوضًا استحق الزوج عليها ألفًا باعتبار القبول في الخلع ، ولها على الزوج خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيصير خمسمائة قصاصًا بخمسمائة ، فبقي الزوج عليها خمسمائة زائدة .

م: **(وفي الاستحسان لا شيء عليها ؛ لأنه يراد به عادة حاصل ما يلزم لها)** ش: أي يراد بالخلع عادة حاصل ما يلزم المرأة على الزوج ، وقال تاج الشريعة : وجه الاستحسان أنهم يريدون بالخلع على المهر ما يلزمه لها ، وهو خمسمائة بالطلاق قبل الدخول ، فيكون الخلع على مهرها في الحقيقة خلعًا على خمسمائة ، وقد سقط عن الزوج فلا يبقى عليها شيء ، فافهم .

....

فروع : لو قال خلعتك ولم يذكر عوضًا فقالت قبلت لا يسقط شيء من مهرها في ظاهر الرواية ، وقال شيخ الإسلام والسعدي : يبرأ من مهرها ويرد المهر ولو قبضت ، وعن أبي حنيفة روايتان لم يذكر العوض في الخلع ، والأصح براءته ، وفي شرح الشافعي يبرأ عن المهر عنده . وفي «المحيط» والصحيح أن ما قبضته فهو لها ، وما كان أيضًا في ذمته يسقط ، ولو شرط بالبراءة عن نفقة العدة ومؤنة السكنى سقطا بلا خلاف، ولو شرطا البراءة عن السكنى لا يصح ، لأن السكنى في بيت العدة حق الله تعالى ، وفي المرغيناني لا يصح البراءة عن نفقة العدة اتفاقًا إلا بالشرط بالطلاق ولا يقع الإبراء عن نفقة الولد وهو مؤنة الرضاع وإرضاع بالشرط ولو وقت له وقتًا جاز ، ولو مات الولد قبل تمام الوقت يرجع الأب إلى تمام المدة والحيلة أن لا يرجع إليها أن يقول الزوج خالعتك على أني بريء من نفقة ولدك فإن مات فلا رجوع لي عليك ولا يدخل نفقة العدة في قوله خلعتك بكل حق لك علي ، لأنه لم يكن حق عليه عند الخلع ، وفي «الينابيع» لو أبرأته من نفقة العدة بعد الخلع صح بخلاف الإبراء من العدة حال قيام النكاح ، قال صاحب «الينابيع» : هكذا ذكره الطحاوي، وفي «القنية» خالعها على نفقة ولده عشر سنين وهي معسرة ، وطالبته بنفقتها يجبر عليها .

وفي «الذخيرة» خالعها على رضاع ابنه سنتين بعد الفطام يجوز ، وكذا لو خالعها على أن تكسوه من مالها في المدة ولا يضره الجهالة ، ولو لم يشترط ذلك فلها طلب كسوته ، ولو كان في بطنها والمسألة بحالها ، ثم ولدته ميتًا رجع عليها بأجرة الرضاع سنتين ونفقة عشر سنين .

اختلعت على أن تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز ، والشرط باطل قالت بعتك مهري ونفقة عدتي ، فقال اشتريت في الظاهر أنها لا تطلق ولكن الأحوط تجديد نكاح المختلعة يلحقها صريح الطلاق في العدة عندنا ، وبه قال الظاهرية ، وهو قول ابن المسيب وشريح وطاووس والزهري والحكم وحماد ومكحول وعطاء والثوري وهو قول ابن مسعود وأبي الدرداء وعمران ابن حصين رضي الله تعالي عنهم ، وعند الشافعي ومالك وأحمد لا يلحقها ولا يتناولها الطلاق في قوله : نسائي طوالق عندهم .

* * *

باب الظهار

م: (باب الظهار)

ش: أي هذا باب في بيان أحكام الظهار ، وهو مصدر ظاهر يظاهر ظهارًا ، وفي «الصحاح» يقال ظاهر من امرأته وتظاهر وأظهر واظاهر وتظهر وظهر كل ذلك قول الرجل لامرأته أنت علي كظهر أمي ، والظهر في قوله عليه السلام : « **لا صدقة إلا عن ظهر غنى** »[1] مقحم كما في ظهر القلب ، وظهر الغيب ، وظاهره إذا أعانه وظاهر بين ثوبين إذا لبس أحدهما فوق الآخر وعدي بمن ، وإن كان ظاهرًا متعديًا ، لأنهم إذا ظاهره وها تباعدوا منها كما في الإيلاء ، وفي «المحيط » و« الينابيع » : الظهار لغة : مقابلة الظهر بالظهر والرجل والمرأة إذا كان بينهما شحناء يدير كل واحد منهما ظهره إلى الآخر .

وفي «مبسوط الطوسي» : سمي ظهارًا اشتقاقًا من الظهر خص به دون البطن والفرج والفخذ ، لأن كل دابة يركب ظهرها ، فلما كانت الزوجة تركب وتغشى شبهت بذلك ، والمعنى ركوبك عليّ محرم كركوب ظهر أمي . وفي «جامع الأصول» أنهم أرادوا أنت عليّ كبطن أمي ، يعني على جماعها ، فكنوا عن البطن بالظهر لأنه عمود البطن وللمجاوزة ، وقيل : إن إتيان المرأة من ظهرها كان محرمًا عندهم ، فيقصد مطلق التغلظ في تحريم امرأته تشبيهًا بالظهر ، ثم لا يقتنع بذلك حتى يجعلها كظهر أمه .

وأما الظهار شرعًا : فهو تشبيه المحللة بالمحرمة على وجه التأبيد كالأم والأخت والخالة والعمة سواء كانت من نسب أو رضاع أو مصاهرة ، وبه قال الشافعي [. . .]ومالك وأحمد ، وفي قوله القديم يقتصر على التشبيه بالأم ، وفي قول : يلحق بها الجدة ، ثم الظهار له ركن ، وهو قوله : أنت عليّ كظهر أمي ، فيقع الظهار به ، سواء وجدت النية أو لم توجد ، لأنه صريح في الظهار ، وكذا إذا شبهه بعضو شائع أو معبر عن جميع البدن كما في الطلاق . وشرط أن يكون المظاهر مسلمًا ، فلا يصح ظهار الذمي عندنا خلافًا للشافعي وأحمد ، وبقولنا قال مالك ، ومن شرطه أن تكون منكوحته ، وفي المرأة كونها زوجته حتى لا يصح الظهار من أمته أو مدبرته أو أم ولده ، وبه قال الشافعي وأحمد . وقال مالك والثوري : يصح الظهار من كل أمة ، ومن شرطه أن يكون أهلاً لسائر التصرفات وهو العاقل البالغ ، فلا يصح ظهار الصبي بالإجماع . وحكم : وهو حرمة الوطء ودواعيه مؤقتًا إلى وجود الكفارة مع بقاء أصل النكاح ، كما في حالة الحيض .

وسبب : وهو النشوز ، فإن آية الظهار نزلت في خولة ، وكانت ناشزة .

---

(١) أخرجه مسلم (٢/ ٧١٧) عن حكيم بن حزام عن النبي ﷺ قال : «أفضل الصدقة [أو خير الصدقة] عن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى ، وابدأ بمن تعول » .

وإذا قال الرجل لامرأته أنت علي كظهر أمي فقد حرمت عليه ، لا يحل له وطؤها، ولا مسها ، ولا تقبيلها ، حتى يكفر عن ظهاره ، لقوله تعالى : ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم﴾ إلى أن قال : ﴿فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ﴾ (المجادلة الآية : ٣) والظهار كان طلاقًا في الجاهلية ، فقرر الشرع أصله ، ونقل حكمه إلى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح ؛ وهذا لأنه جناية لكونه منكرًا من القول وزورًا فيناسب المجازاة عليها بالحرمة ، وارتفاعها بالكفارة ،

م: **(وإذا قال الرجل لامرأته : أنت عليّ كظهر أمي فقد حرمت عليه ، لا يحل له وطؤها، ولا مسها، ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره ؛ لقوله تعالى : ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم ﴾ إلى أن قال: ﴿ فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ﴾ (المجادلة : الآية ٣)** ش: وسبب نزول الآية ما روى الواحدي في كتاب أسباب نزول القرآن بإسناده إلى عروة ، قال : قالت عائشة - رضي الله تعالى عنها - : تبارك الذي وسع سمعه كل شيء إني لأسمع كلام خولة بنت ثعلبة ويخفى عليّ بعضه وهي تشتكي زوجها إلى رسول الله ﷺ وهي تقول : يا رسول الله أبلى شبابي ، ونثرت له بطني حتى إذا كبر سني ، وانقطع ولدي ، ظاهر مني ، اللهم إني أشكو إليك ، قالت: فما برحت حتى نزل جبريل عليه السلام بهذه الآية : **﴿قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله ﴾** (المجادلة : الآية ١) .

قال الزمخشري : هي خولة بنت ثعلبة امرأة أوس بن الصامت أخي عبادة بن الصامت ، انتهى .

قلت : الذي قاله مروي عن عكرمة وعروة ومحمد بن كعب ، وقال أبو عمر : خولة ثعلبة بن صيرم[بن]فهر بن ثعلبة بن غنم بن عوف ، وقيل إن التي نزلت فيها هذه الآية جميلة امرأة أوس ابن الصامت ، وقيل بل هي خولة بنت دملح ، ولا يثبت شيء من ذلك .

م: **(والظهار كان طلاقًا في الجاهلية ، فقرر الشارع أصله)** ش: أي أصل الظهار م: **(ونقل حكمه إلى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح)** ش: ولا خلاف فيه لأحد من العلماء م: **(وهذا)** ش: أشار إلى حكم نقل حكم الظهار من الطلاق إلى التحريم الموقت بالكفارة م: **(لأنه)** ش: أي لأن الظهار م: **(جناية ، لكونه منكرًا من القول وزورًا)** ش: كما في قوله تعالى : **﴿ وإنهم ليقولون منكرًا من القول وزورًا ﴾** (المجادلة : الآية ٢) وأراد بالمنكر ما تنكره الحقيقة والشرع ، وبالزور الكذب الباطل حيث شبه من هي في أقصى غايات الحل بمن هي في أقصى غاية الحرمة ،م: **(فناسب المجازاة عليها بالحرمة)** ش:جزاء على جنايته .

م: **(وارتفاعها)** ش: أي ارتفاع الجناية م: **(بالكفارة)** ش: قال الله تعالى : **﴿ إن الحسنات يذهبن السيئات﴾** (هود : الآية ١١٤) وقال عليه السلام : **« أتبع السيئة الحسنة تمحها »**، وفي **«المنافع»** : الكفارة تجب بالظهار والعود، لأن الظهار منكر من القول وزور. فهو كبيرة محضة ، **فلا يصح**

....

سببًا للكفارة ، لأنها عبادة ، إذ الغالب فيهما معنى العبادة ، فلا يكون سبباً محظوراً محضًا ، فتعلق وجوبها بهما ليخف معنى الحرمة باعتبار العود الذي هو إمساك بالمعروف بعد الظهار وهكذا في « الينابيع » .

وفي «الحواشي» وفي «المحيط» سبب وجوبها العزم على الوطء ، والظهار شرط قبل الحكم يتقرر بتقرر سببه لا شرطه ، والأمر على العكس ، فإن الكفارة تتكرر بتكرار الظهار دون تكرار العزم على الوطء .

وفي «المبسوط» بمجرد العزم على الوطء لا تتكرر الكفارة عندنا ، حتى لو أبانها بعد هذا أو مات لا تجب الكفارة ، وهذا دليل على أن الكفارة غير واجبة لا بالظهار ، ولا بالعود إذ لو وجب لما سقطت ، بل موجب الظهار ثبوت التحريم ، فإذا أراد رفعه لابد من الكفارة حتى لو لم يرد ذلك ولم تطلب لا تجب عليه الكفارة أصلاً ، وفي «الينابيع » رضي أن يكون محرمة ولا يعزم على وطئها لا تجب الكفارة ، ولو عزم ثم ترك لا تجب أيضًا فعلم أن الكفارة لا تجب بمجرد الظهار، وهو قول أحمد ومالك في الصحيح ، وعنده في قول تجب بنفس الظهار .

واختلف أهل العلم في العود المذكور في قوله تعالى : ﴿ **ثم يعودون** ﴾ فعندنا هو العزم على إباحة الوطء .

والقول الثاني : قال مالك : إرادة الوطء في رواية أشهب .

والثالث : إرادة الوطء مع استدامة العصمة ، وإن لم يجمع على الوطء لم تجب الكفارة ، ولو كف لا يجزئه ، وهو قول مالك ، وعندنا يجزئه ، وفي شرح مختصر الكرخي لو بانت منه بالطلاق أو تزوجت بغيره وكفر صح التكفير .

والرابع : العود إلى الوطء نفسه رواه عبد الوهاب عن مالك ، فعلى هذا لا يجزئه التكفير قبل الوطء .

الخامس : سكت عن طلاقها عقيب الظهار ، وفي زمان يمكنه طلاقها ، وبه قال الشافعي وأصحابه وبعض الظاهرية .

والسادس : العود أن يعود فيتكلم بالظهار مرة ثانية ، ولا يجب عليه بالأول شيء ، وهو قول داود الظاهري .

السابع : هو العود في الإسلام لا نفس القول بالظهار الذين كانوا يظاهرون به في الجاهلية في تعاطي الظهار ، وهو قول الثوري .

ثم الوطء إذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الإحرام ، بخلاف الحائض والصائم لأنه يكثر وجودهما ، فلو حرم الدواعي يفضي إلى الحرج ، ولا كذلك الظهار والإحرام ؛ فإن وطئها قبل أن يكفر استغفر الله تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة الأولى،

م: (**ثم الوطء إذا حرم حرم بدواعيه**) ش: وهي اللمس والقبلة لأنهما داعيان إلى الوطء ، وبه قال الزهري والأوزاعي والنخعي ومالك والشافعي في أحد قوليه ، وأحمد في رواية ، وقال الشافعي في قول : لا تحرم الدواعي وبه قال أحمد في رواية م: (**كيلا يقع فيه**) ش: أي في الوطء م: (**كما في الإحرام**) ش: أي في حالة الإحرام بالحج يحرم الوطء ودواعيه أيضًا ، وكذا في الإعتاق والاستبراء ، لأن من حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه م: (**بخلاف الحائض والصائم لأنه يكثر وجودهما، فلو حرم الدواعي يفضي إلى الحرج**) ش: وهو منتف بالنص م: (**ولا كذلك الظهار والإحرام**) ش: فإنما يقعان قليلاً ولا يقضي حرمة الدواعي فيها إلى الخروج .

م: (**فإن وطئها قبل أن يكفر**) ش: عن يمينه م: (**استغفر الله تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة الأولى**) ش: هي الواجبة بالظهار على الترتيب المنصوص ، وهو قول الجمهور ومالك والشافعي وأحمد .

وقال عمرو بن العاص وقبيصة بن ذؤيب وسعيد بن جبير والزهري وقتادة وعبد الرحمن ابن مهدي : يجب كفارتان ، وقال الحسن البصري والنخعي : يجب ثلاث كفارات .

ولنا حديث ابن عباس رضي الله عنهما « **أتى [رجل] رسول الله ﷺ وتظاهر عن امرأته و[قال] قد وقعت عليها قبل أن أكفر قال : ما حملك على هذا ؟ قال رأيت خلخالها في ضوء القمر ، قال لا تقربها حتى تفعل ما أنزل الله** »[1] ورواه أبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجة ، وفي الكشاف هو سلمة بن صخر البياضي .

قلت : هو في رواية الترمذي عن سلمة بن صخر عن النبي ﷺ في المظاهر واقع قبل أن يكفر ، قال كفارة واحدة ، ثم هذا حديث حسن غريب ، وسلمة بن صخر هذا معروف بالبياضي وليس منهم ، وإنما كانت دعوته فيهم فنسب إليهم ، وهو من الخزرج وهو سلمة بن صخر بن سليمان بن الصمت بن حارثة بن الحارث بن زيد بن مناف بن حبيب بن عبد حارثة بن

---

(١) رواه أبو داود (٢٢٢٣) والترمذي (١٢١٩) وابن ماجة (٢٠٦٥) ، والنسائي (٣٢٣٤) عن معمر عن الحكم بن أبان عن عكرمة عن ابن عباس . قال الترمذي : حديث حسن صحيح .

وأخرجه أبو داود (٢٢٢١) عن سفيان عن الحكم عن عكرمة ، مرسلاً . وأخرجه عن إسماعيل عن الحكم مرسلاً وأخرجه النسائي (٣٢٣٥) عن معتمر بن سليمان عن الحكم مرسلاً ، وقال : المرسل أولى بالصواب ، وأخرجه الحاكم (٢/ ٢٠٤) ، عن إسماعيل بن مسلم عن عمرو بن دينار عن طاووس عن ابن عباس ، مرفوعاً وأخرجه عن الحكم بن أبان عن عكرمة عن ابن عباس ، وقال : لم يحتج الشيخان بإسماعيل بن مسلم ، وإسماعيل متكلم فيه .

ولا يعاود حتى يكفر لقوله عليه السلام للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة «استغفر الله ولا تعد حتى تكفر» ولو كان شيئًا آخر عليه واجبًا لبينه عليه السلام. قال :وهذا اللفظ لا يكون إلا ظهاراً لأنه صريح فيه ،حتى لو نوى به الطلاق لا يصح لأنه منسوخ فلا يتمكن من الإتيان به . وإذا قال: أنت علي كبطن أمي أو كفخذها أو كفرجها فهو مظاهر؛ لأ الظهار ليس إلا تشبيه المحللة بالمحرمة ، وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر إليه.

مالك بن عصيب بن جسم بن الخزرج الأكبر ، وذكر الترمذي الخلاف في اسمه سلمة أو سلمان .

م: (**ولا يعاود**) ش: أي ولا يعاود الوطء م: (**حتى يكفر لقوله عليه السلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة :« استغفر الله ولا تعد حتى تكفر»**) [1]

ش: وقد ذكرنا هذا الحديث آنفًا عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن سلمة بن صخر م: (**ولو كان شيئًا آخر واجباً عليه**) ش: هذا وجه الاستدلال بالحديث المذكور ، أي ولو كان يجب على المظاهر المذكور شيء آخر واجبًا عليه غير الكفارة الأولى م: (**لبينه عليه السلام**) ش: أي لبينه النبي ﷺ .

م: (**قال**) ش: : أي قال المصنف -رحمه الله تعالى- م: (**وهذا اللفظ**) ش: يعني قوله أنت علي كظهر أمي م: (**لا يكون إلا ظهاراً لأنه صريح فيه حتى لو نوى الطلاق**) ش: أو الإيلاء ، ولم ينو شيئًا يكون ظهاراً ، م: (**ولو نوى به الطلاق لا يصح لأنه منسوخ ، فلا يتمكن من الإتيان به**) ش: لأنه تغيير موضوع الشرع وليس في العبد ذلك ، ولأن التعيين بعض محتملات اللفظ ، واللفظ صريح فلا يحتمل غيره ، فلا تصح نية الطلاق ، وكذا إذا نوى تحريم اليمين ، لأنه صريح في الظهار ، وكذا إذا قال أردت به الخبر عن الماضي كاذبًا لا يصدق قضاء م: (**ولو قال: أنت علي كبطن أمي، أو كفخذها ،أو كفرجها ، فهو مظاهر؛ لأن الظهار ليس إلا تشبيه المحللة بالمحرمة،وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر إليه)** ش: احترز به عن التشبيه باليد والرجل والشعر والظفر، لأنه يحل النظر إليه . وقالت الظاهرية : يختص الظهار بظهر الأم . وقال الشافعي ومالك وأحمد : لو قال أنت علي كيد أمي أو كرجلها أو كرأسها أو كعنقها أو كعضدها يكون مظاهراً أيضًا كما في الظهر للتلذذ بها ، ولو قال كشعرها أو سنها أو ظفرها لا يكون مظاهراً لعدم التلذذ بها . وقال الماوردي قال أبو حنيفة ما يجيء بعد فقدها لا يصير مظاهراً به ، وما لا يجيء بفقده يكون مظاهراً بالتشبيه به . وقال الكاكي : وفي نقله ذلك الضابط عن أبي حنيفة غلط ، فإن بعد زوال الرأس لا

---

(١) أخرجه أبو داود « العتق» - باب المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت (٣٩٢٦) . من طريق إسماعيل بن عياش عن سليمان بن سليم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ ، قلت : وهذا إسناد حسن لأن الراوي عن عمرو بن شعيب ثقة ، والذي روى عنه إسماعيل بن عياش شامي ، لأن إسماعيل بن عياش ضعيف في غير الشاميين .

وكذا إن شبهها بمن لا يحل له النظر إليها على التأبيد من محارمه، مثل أخته، أو عمته أو أخته من الرضاعة ، لأنهن في التحريم المؤبد كالأم . وكذلك إذا قال: رأسك علي كظهر أمي ، أو فرجك، أو وجهك، أو رقبتك، أو نصفك ،أو ثلثك ؛ لأنه يعبر بها عن جميع البدن ، ويثبت الحكم في الشائع ، ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق . ولو قال:أنت علي مثل أمي أو كأمي يرجع إلى نيته لينكشف حكمه،

يجيء قطعًا ، وقد ذكرنا أنه لا يصير مظاهراً ، وبقطع فخذه يجوز أن يجيء ، ويصير به مظاهراً ، بل الأصل ما ذكره في المتن .

م: (**وكذا**) ش: أي وكذا يكون ظهاراً م: (**إذا شبهها بمن لا يحل له النظر إليها على التأبيد من محارمه مثل أخته، أو عمته، أو أخته من الرضاع؛لأنهن في التحريم المؤبد كالأم**) ش: وأم المرأة وامرأة الأب قال أبو نصر قال الشافعي : إذا شبهها بالأم والخالة فهو ظهار ، وإن شبهها بالبنت والأخت ففيه قولان . وإن شبهها بمن كانت حلالاً ثم حرمت كأم المرأة لم يكن مظاهراً قولاً واحداً .

وفي فتاوى الولوالجي : لو شبهها بامرأة زنى بها أبوه أو ابنه فهو مظاهر عند أبي يوسف لأنه محرمة على التأبيد . وقال محمد : لا يكون مظاهراً للاختلاف فيه ، وإن شبهها بامرأة قد فرق الحاكم بينهما باللعان .

قال أبو يوسف : لا يكون مظاهراً ، لأن موجب اللعان ، وإن كانت الحرمة المؤبدة عنده تسع فيه الاجتهاد ، ولهذا لو حكم الحاكم بجواز نكاحها جاز ، فلم تكن في معنى الأم ، كذا ذكر شمس الأئمة السرخسي وغيره ، وقال فيها أيضًا ولو شبهها بما يحل في حال نحو أخت المرأة، وامرأة لها زوج ، أو مجوسية أو مرتدة لم يكن مظاهراً ، لأن الحرمة هنا تقبل الزوال .

وقال الحاكم الشهيد في «الكافي» : وإن قال لامرأته أنا منك مظاهراً وقد ظاهرت منك أو أنت مني كظهر أمي ، أو أنت عندي كظهر أمي أو أنت معي كظهر أمي ، فهذا كله ظهار .

م: (**وكذلك**) ش: **أي يكون ظهاراً** م: (**إذا قال :رأسك علي كظهر أمي، أو فرجك، أو وجهك،أو رقبتك، أو نصفك، أو ثلثك، أو بدنك ؛لأنه يعبر بها عن جميع البدن**) ش: فيكون تشبيه هذه الاعضاء من المرأة كتشبيه ذات المرأة ، فيكون مظاهراً وكذا إذا قال جسدك .

وقال شمس الأئمة السرخسي في شرح «الكافي» : ولو قال جنبك أو ظهرك علي كظهر أمي لم يكن مظاهراً بمنزلة قوله يدك أو رجلك م: (**ويثبت الحكم في الشائع**) ش: اي يثبت حكم الظهار في الجزء الشائع أولاً م: (**ثم يتعدى**) ش: أي ثم يسري إلى سائر البدن م: (**كما بيناه في الطلاق**) ش: فليعاود اليه هناك .

م: (**ولو قال أنت علي مثل أمي، أو كأمي ؛ يرجع إلى نيته لينكشف حكمه**) ش: وبه قال

فإن قال أردت الكرامة فهو كما قال؛ لأن التكريم بالتشبيه فاش في الكلام. وإن قال أردت الظهر فهو ظهار؛لأنه تشبيه بجميعها، وفيه تشبيه بالعضو ، لكنه ليس بصريح ، فيفتقر إلى النية. وإن قال أردت الطلاق فهو بائن لأنه تشبيه بالأم في الحرمة، فكأنه قال أنت علي حرام،ونوى به الطلاق.وإن لم يكن له نية فليس بشيء عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- لاحتمال الحمل على الكرامة.وقال محمد -رحمه الله- يكون ظهاراً لأن التشبيه بعضو منها لما كان ظهاراً فالتشبيه بجميعها أولى . وإن عني به التحريم لا غير فعند أبي يوسف -رحمه الله- هو إيلاء ليكون الثابت به أدنى الحرمتين

الشافعي ، وذلك لأنه يحتمل وجوهًا من التشبيه م: (**فإن قال: أردت الكرامة**) ش: يعني أنت عندي في استحقاق الكرامة والمنزلة مثل أمي م: (**فهو كما قال**) ش: يعني يحمل على ما قال فلا يلزمه شيء م: (**لأن التكريم بالتشبيه فاش في الكلام**) ش: فاش من الفشو ، وهو الانتشار . قال الجوهري : الخبر يفشو فشواً ، أي داع وأفشاه غيره وفاش أصله فاشي فاعل إعلال القاضي .

م: (**وإن قال أردت الظهار فهو ظهار ؛ لأنه تشبيه بجميعها**) ش: أي بجميع أمه ، فإذا شبهها بظهرها وهو عضو منها كان ظهاراً فلأن يكون ظهاراً وقد شبهها بجميعها وجميعها مشتمل على الظهر أولى وأحرى م: (**وفيه**) ش: أي وفي قوله أنت علي مثل أمي م: (**تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح ، فيفتقر إلى النية**) ش: لأنه لما كان كالصريح صار كالكناية ، فلا يزول الإبهام منه إلابالنية .

م: (**وإن قال أردت الطلاق فهو طلاق بائن؛ لأنه تشبيه بالأم في الحرمة فكأنه قال أنت علي حرام، ونوى به الطلاق ، وإن لم يكن له نية فليس بشيء ، عند أبي حنيفة وأبي يوسف لاحتمال الحمل على الكرامة**) ش: وبه قال أصحاب الشافعي في وجهه ، لأنه مجمل ولم يبين . م: (**وقال محمد يكون ظهاراً ، لأن التشبيه بعضو منها لما كان ظهاراً ، فالتشبيه بجميعها أولى**) ش: وبه قال مالك والشافعي وأحمد والشافعية وجهه . وفي المبسوط لم يذكر قول أبي يوسف وعنه روايتان إحداهما كقول محمد ، لأنه قال في «الأمالي» : إذا كان هذا في حالة الغضب ، وقال نويت به البئر لا يصدق في القضاء ،وهو ظهار .

م: (**وإن عني به التحريم لا غير فعند أبي يوسف هو إيلاء ليكون الثابت به أدنى الحرمتين**) ش: وهما حرمة الإيلاء ، وحرمة الظهار وأدناهما حرمة الإيلاء من وجوه ، أحدهما أن الحرمة في الإيلاء لا تثبت في الحال ما لم يمض أربعة أشهر . وفي الظهار يثبت في الحال.

وفي الثاني : حرمة الإيلاء يمكن دفعها في المدة بالوطء ، بخلاف الظهار ، فإنه لا يجوز الوطء فيه ما لم يكفر . والثالث : أن الظهار منكراً من القول وزوراً ، والإيلاء بين مباح .

وعند محمد -رحمه الله- ظهار لأن كاف التشبيه تختص به . ولو قال أنت علي حرام كأمي، ونوى ظهارًا أو طلاقًا فهو على ما نوى لأنه يحتمل الوجهين: الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم، والتشبيه تأكيد له؛ وإن لم يكن له نية فعلى قول أبي يوسف -رحمه الله- إيلاء ، وعلى قول محمد -رحمه الله - ظهار، والوجهان بيناهما . وإن قال: أنت علي حرام كظهر أمي ونوى به طلاقًا أو إيلاء لم يكن إلا ظهارًا عند أبي حنيفة -رحمه الله- ،وقالا : هو على ما نوى؛ لأن التحريم يحتمل كل ذلك على ما بينا ، غير أن عند محمد -رحمه الله- إذا نوى الطلاق لا يكون ظهارًا وعند أبي يوسف رحمه الله يكونان جميعًا،

الرابع : أن كفارة الإيلاء إطعام عشرة مساكين ، وفي الظهار إطعام ستين مسكينًا ، والصوم فيه شهران متتابعان . وفي الإيلاء ثلاثة أيام متتابعة.

م: (**وعند محمد ظهار ؛ لأن كاف التشبيه يختص به**) ش: أي بالظهار ، وهذا الخلاف المذكور بين أبي يوسف ومحمد على قول بعض المشايخ ، وقرره الصدر الشهيد ، وقال : بل هو ظهار بالإجماع .

م: (**ولو قال : أنت علي حرام كأمي ونوى ظهاراً ونوى ظهاراً أو طلاقًا فهو على ما نوى ، لأنه يحتمل الوجهين :الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تأكيد له**) ش: أي التحريم ، وإنما قال يحتمل الوجهين دل على أنه لما صرح بالحرمة لم يبق كلامه للكرامة م: (**وإن لم يكن له نية فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى إيلاء ، وعلى قول محمد ظهار والوجهان ما بيناهما**) ش: أي وجها قول أبي يوسف ومحمد ، وأشار بهما إلى قوله لكون الثابت أدنى الحرمتين ،وإلى قوله - لأن كاف التشبيه مختص به - أي بالظهار .

م: (**وإن قال أنت علي حرام كظهر أمي ،ونوى به طلاقًا ،أو إيلاء؛ لم يكن إلا ظهارًا عند أبي حنيفة**) ش: وبه قال أحمد والشافعي في قول ، وفي قول إن نوى طلاقًا كان طلاقًا ، وهو قول أبي يوسف ومحمد غير أن عند أبي يوسف يكون طلاقًا وظهاراً إن نوى الطلاق ، وعند محمد لا يكون ظهاراً ويكون طلاقًا فقط م: (**وقال هو على ما نوى**) ش: إن نوى ظهاراً فظهار ، وإن نوى طلاقًا فطلاق ، وإن نوى إيلاء فإيلاء ، كذا ذكره الصدر الشهيد والإمام العتابي في شرحيهما للجامع الصغير م: (**لأن التحريم يحتمل كل ذلك**) ش: ونية المحتمل صحيحة م: (**على ما بينا**) ش: أشار به إلى قوله لأنه يحتمل الوجهين إلى قوله : تأكيد له .

م: (**غير أن عند محمد: إذا نوى الطلاق لا يكون ظهاراً**) ش: لأن ظهار المبانة لا يصح م: (**وعند أبي يوسف يكونان جميعًا**) ش: أي يكون الظهار والطلاق جمعًا لكن هذا ليس بظاهر الرواية عن أبي يوسف ، وروى أصحاب الإيلاء عن أبي يوسف أنه يكون ظهاراً وطلاقًا ، لأنه باعتبار التلفظ بلفظ التحريم يكون طلاقًا عند النية ، وباعتبار التصريح بالظهار يكون ظهاراً ، ولا

وقد عرف في موضعه ، ولأبي حنيفة رحمه الله أنه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره ، ثم هو محكم فيرد التحريم إليه . قال ولا يكون الظهار إلا من الزوجة حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهرًا لقوله تعالى : ﴿ من نسائهم ﴾ ولأن الحل في الأمة تابع ، فلا تلحق بالمنكوحة ،ولأن الظهار منقول عن الطلاق ،

منافاة ، لأنه إذا طلق ثم ظاهر أو ظاهر ثم طلق صح ، ولكن هذا ضعيف ، لأن الطلاق لما وقع بقوله أنت علي حرام نيته كان متكلمًا بلفظ الظهار بعدما بانت على حرام . قلنا : اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين ، كذا في «المبسوط» وذكر في «الفوائد الظهيرية» جواب أبي يوسف في هذا ، فقال : جاز أن يكون ظهار المبانة على قوله ، وكان هذا رواية منه م: (**وقد عرف في موضعه**) ش: أي في شرح الكافي ، قاله الأترازي . قال الكاكي أي في مبسوطه .

م: (**ولأبي حنيفة أنه**) ش: أي أن قوله أنت علي حرام كظهر أمي م: (**صريح في الظهار ، فلا يحتمل غيره**) ش: ولهذا لا يحتاج في الدلالة عليه إلى النية ، فلا يحتمل غيره من الطلاق والايلاء م: (**ثم هو محكم**) ش: لعدم احتمال الغير ، وقوله أنت علي حرام يحتمل تحريم الطلاق وغيره م: (**فيرد التحريم إليه**) ش: أي إلى الظهار كما هو الأصل في رد المحتمل إلى المحكم .

م: (**قال**) ش: أي محمد في الجامع الصغير م: (**ولا يكون الظهار إلا من الزوجة ، حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهراً**) ش: وكذا لا يكون من أم ولده ومدبرته . وقال مالك : يصح منهن ، وقد ذكرنا الخلاف فيه عن قريب لقوله تعالى ﴿ **من نسائهم** ﴾ والنساء اسم للزوجات والمملوكة لا تسمى زوجة فلا يصح الظهار منها ، كذا قاله الأترازي .

قلت : النساء جمع امرأة من غير لفظها ، فيتناول الزوجات وغيرها ، ولكن تفسير النساء من الزوجات ممكن من حيث قصد الآية يدل على أنالمراد الزوجات ، وإلا فلفظ النساء من حيث اللغة أعم من الزوجات وغيرها .

م: (**ولأن الحل في الأمة تابع**) ش: ليس بمقصود ، لأن المقصود ملك اليمين م: (**فلا تلحق بالمنكوحة**) ش: بدليل أنه لو اشترى أمته فوجدها محرمة عليه برضاع أو مصاهرة لم يثبت للمشتري ولاية الرد بسبب الحرمة ، فلا تكون الأمة في معنى المنكوحة حتى يلحق بها .

فإن قلت : قوله تعالى ﴿ **وأمهات نسائكم** ﴾ (النساء : الآية ٢٣) ، دخل فيه الإماء والحرائر بالإجماع . قلت : الإجماع ممنوع ، وأما الأمة الموطوءة حرام باعتبار أنها من أمهات نسائنا ، بل باعتبار وطء البنت ، ولا يمكن إلحاق الأمة بالنساء بدلالة النص ، لأنه ليس في معنى ما ورد به النص .

م: (**ولأن الظهار منقول عن الطلاق**) ش: هذا دليل آخر ، أي كان الظهار طلاقًا في الجاهلية ،

ولا طلاق في المملوكة .وإن تزوج امـرأة بغير أمـرها ، ثم ظاهر منها ،ثم أجازت النكاح فـالظهار باطل؛ لأنه صادق في التـشبيه وقت المتصرف ، فلم يكن منكرًا من القـول والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف عليه، بخلاف إعـتاق المشتري من الغاصب ؛ لأنه من حقوق الملك .ومن قال لنسائه : أنتن علي كظهر أمي كان مظاهراً منهن جميعًا،

فنقل حكمه إلى تحريم مؤقت بالكفارة م: (**ولا طلاق في المملوكة**) ش: حتى يكون منها الظهار : **فإن قلت** : الأمة محل الظهار بقاء ، فيجب أن يكون ابتداء كما ظاهر من امرأته وهي أمة ،ثم اشتراها يبقى حكم الظهار ، وهي أمة ، أجيب بأنه كم من شيء يثبت بقاء ، ولا يثبت ابتداء كإبقاء النكاح في المعتدة ، وإن لم يثبت ابتداء .

م: (**وإن تزوج امرأة بغير أمرها، ثـم ظاهر منها، ثم أجازت النكاح فالظاهر باطل**) ش: أورد هذه المسألة بسبيل التفريع لما قبله ، لأنه لما قال ولا يكون الظهار إلا من الزوجة فرع هذه المسألة عليه ، يعني لو ظاهر من امرأة نكاحها موقوف لا يصح ظهاره ، لأنها حين ظاهر منها الرجل لم تكن زوجته فلم يصح ظهارها م: (**لأنه**) ش: أي لأن الرجل الذي ظاهر .

م: (**صادق في التشبيه وقت المتصرف**) ش: أي وقت تشبيه الحرمة بالحرمة ، لأنه صادق فيه غير كاذب م: (**فلم يكن**) ش: كلامه م: (**منكراً**) ش: والظهار منكر م: (**من القول**) ش: وزور م: (**والظهار ليس بحق من حقوقه**) ش: هذا جواب سؤال مقدر ، وهو أن يقال الظهار مبني على الملك، والملك موقوف ها هنا، فينبغي أن يكون الظهار موقوفًا ، فأجاب بقوله : والظهار ليس بحق من حقوقه ،أي من حقوق النكاح .

م: (**حتى يتوقف عليه**) ش: أي على النكاح ،لأن النكاح أمر مشروع ،والظهار منكر من القول ،وبينهما تناف ،فلا يتوفق المحظور بتوقف المشروع .

م: (**بخلاف إعتاق المشتري من الغاصب**) ش: هذا كأنه جواب عن قياس هذا السائل ما سأله على توقف إعتاق المشتري من الغاصب على إجازة المالك ، لأنه إذا أجازه ينفذ ، وتقرير الجواب أن إعتاق المشتري من الغاصب ، إنما يتوقف على إجازة المالك م: (**لأنه**) ش: أي لأن الإعتاق م: (**من حقوق الملك**) ش: فيلزم من توقف الكل توقف الإعتاق .

م: (**ومن قال لنسائه : أنتن علي كظهر أمي كان مظاهراً منهن جميعًا**) ش: هذا ما لا خلاف فيه، كما لو قال أنتن طوالق ، وعليه لكل واحدة كفارة ، يعني عليه أربع كفارات إذا قصد وطأهن،وبه قال الشافعي في الجديد ، وهو قول الحسن والنخعي والزهري ويحيى بن سعيد الأنصاري والحكم والثوري .

وقال مالك وأحمد وأبو ثور وإسحاق : عليه كفارة واحدة ، روي ذلك عن عمرو وعلي

لأنه أضاف الظهار إليهن ، فصار كما إذا أضاف الطلاق إليهن ، وعليه لكل واحدة كفارة ؛لأن الحرمة تثبت في حق كل واحدة منهن والكفارة لإنهاء الحرمة فتتعدد بتعددها ، بخلاف الإيلاء منهن ؛ لأن الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم .

وعروة وطاووس وعطاء وربيعة م: (**لأنه أضاف الظهار إليهن ، فصار كما إذا أضاف الطلاق إليهن**) ش: وقال : أنتن طوالق م: (**وعليه لكل واحدة كفارة ، لأن الحرمة تثبت في حق كل واحدة منهن**) ش: كما إذا ظاهر من كل واحدة منهن على حدة م: (**والكفارة لإنهاء الحرمة**) ش: أي وجوب الكفارة لأجل أن تنتهي الحرمة المؤقتة م: (**فتتعدد بتعددها**) ش: أي تعدد الكفارة بتعدد الحرمة .

م: (**بخلاف الإيلاء منهن**) ش: حيث لا تتعدد الكفارة م: (**لأن الكفارة فيه**) ش: أي في الإيلاء م: (**لصيانة حرمة الاسم**) ش: أي اسم الله عز وجل م: (**ولم يتعدد ذكر الاسم**) ش: أراد به قوله والله، وإنما لم يتعدد ، لأنه قاله مرة واحدة .

فروع: لو قالت هي أنت علي كظهر أمي ، أو قالت أنا عليك كظهر أمك لا يصح الظهار عندنا . وفي المبسوط عن أبي يوسف عليها كفارة يمين . وقال الحسن بن زياد هو ظهار ،[و] قال محمد : ليس بشيء ، وهو الصحيح ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد والثوري والليث واسحاق وأبو ثور . وفي الينابيع والروضة هو يمين عند أبي يوسف ظهار عند الحسن . وفي «شرح المختار» حكى الخلاف بين أبي يوسف والحسن على العكس ، ومثله في «المفيد»«والمزيد» «والمحيط » . وأوجب الأوزاعي عليها كفارة الظهار . ولو قال أنت أمي لا يصير مظاهراً . وفي «الخزانة» أنا منك مظاهر أو قد ظاهرت منك فهو ظهار ، ويكره أن يقول لامرأته يا أختي لورود النهي عن ذلك . ولو أخر المظاهر التكفير فلها مطالبته به ، والقاضي يجبره عليه وتمنع نفسها من القربان والمس والتقبيل . ولو قال قد كفرت صدق ما لم يعرف بالكذب ، ولو أبى من التكفير بعد ظلمها يحبس ، فإن أبى يضرب ولا يضرب في الدين .

* * *

فصل في الكفارة

قال : وكفارة الظهار عتق رقبة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكينًا ؛ للنص الوارد فيه ، فإنه يفيد الكفارة على هذا الترتيب . قال : وكل ذلك قبل المسيس ، وهذا في الإعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه ، وكذا في الإطعام ، لأن الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطء ليكون الوطء حلالاً . قال : وتجزىء في العتق الرقبة الكافرة ، والمسلمة، والذكر، والأنثى، والصغير ، والكبير؛ لأن اسم الرقبة يطلق على هؤلاء ،

م: (**فصل في الكفارة**)

ش: أي هذا فصل في بيان أحكام الكفارة ، ولما ذكر حكم الظهار وهو حرمة الوطء ودواعيه إلى نهايته ذكر في هذا الفصل ما تنتهي تلك الحرمة ، وهو الكفارة ، والكفارة عبارة عن الفعلة إذ الخصلة التي من شأنها أن تكفر الخطيئة أي تسترها وتمحوها على وزن فعالة للمبالغة كقتالة وقرابة ، وهي من الصفات الغالبة في باب الاسمية . وأصل اشتقاقه من الكفر وهو الستر ، ومنه الكافر لأنه يستر الإيمان ويظهر الكفر والزارع أيضًا، لأنه يستر الحب في الأرض .

م: (**قال**) ش: أي القدوري رحمه الله تعالى في «مختصره» م: (**وكفارة الظهار عتق رقبة**) ش: أي إعتاق رقبة ، إذ العتق لا ينوب عن الكفارة حتى لو [. . .] إياه ونوى الكفارة لا يخرج عن العهدة م: (**فمن لم يجد**) ش: أى رقبة م: (**فصيام شهرين متتابعين ، فإن لم يستطع**) ش: أى الصيام م: (**فإطعام ستين مسكينًا للنص الوارد فيه**) ش: وهو قوله تعالى ﴿ **والذين يظاهرون من نسائهم** ﴾ إلى قوله تعالى ﴿ **ستين مسكينًا** ﴾ (المجادلة : الآية ٣) م: (**فإنه**) ش: أى فإن النص م: (**يفيد الكفارة**) ش: أى كفارة الظهار م: (**على هذا الترتيب**) ش: دون التخيير ، لأن الله تعالى ذكرها بحرف الفاء ، وهي للترتيب .

م: (**قال**) ش: أي القدوري رحمه الله تعالى م: (**وكل ذلك قبل المسيس**) ش: أي كل ماذكر من الإعتاق والصيام والإطعام قبل الوطء م: (**وهذا**) ش: أي الترتيب م: (**في الإعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه**) ش: لأن الله تعالى قال ﴿ **فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا** ﴾ م: (**المجادلة : الآية ٣**) ش: م: (**وكذا في الإطعام ؛ لأن الكفارة فيه**) ش: أي في الإطعام م: (**منهية للحرمة**) ش: الثابتة بالظهار والقرب جميعًا م: (**فلا بد من تقديمها**) ش: أي تقديم الكفارة م: (**على الوطء ليكون الوطء حلالاً**) ش: لأنه لو حل الوطء قبل الكفارة بالإطعام لم يكن المنهي منهيًا، وهو فاسد . وفي «شرح مختصر الكرخي » وقال مالك: يجوز الإطعام قبل المسيس ، وبه قال داود.

م: (**قال**) ش: أي القدوري رحمه الله تعالى م: (**وتجزئ في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة ، والذكر والأنثى ، والصغير والكبير ؛ لأن اسم الرقبة يطلق على هؤلاء**) ش: لأنه ليس فيه تقييد بصفة

إذ هي عبارة عن الذات المملوك المرقوق من كل وجه والشافعي -رحمه الله- يخالفنا في الكافرة، وهو يقول : الكفارة حق الله تعالى ، فلا يجوز صرفها إلى عدو الله كالزكاة ، ونحن نقول المنصوص عليه إعتاق الرقبة وقد تحقق ، وقصده من الإعتاق التمكن من الطاعة ثم مقارفته المعصية يحال به إلى سوء اختياره .

دون صفة ، فيجوز الكل م: (**إذ هي**) ش: أي الرقبة م: (**عبارة عن الذات المملوك المرقوق من كل وجه**) ش: اعترض على المصنف هنا من وجهين، أحدهما : في قوله المملوك بالتذكير ، لأن الذات مؤنثة ، ولا يجوز تذكيرها ، والصواب عن الذات المرقوقة . والجواب أن الذات تستعمل استعمال النفس والشيء . وعن أبي سعيد كل شيء ذات ، وكل ذات شيء ، تذكيره باعتبار المعنى الثاني .

الوجه الآخر : أن المحفوظ عن أئمة اللغة استرق العبد اتخذه رقيقًا ولم يسمع رقه حتى يشتق منه المرقوق ، وإنما يقال رق فلان أي صار رقيقًا ،أي عبداً . والجواب عنه أن الأزهري حكى عن ابن السكيت أنه جاء عبد مرقوق ، وكلاهما ثقة . وقال تاج الشريعة : ووجهه أن يكون من رق له إذا رحمه فهو مرقوق له ، ثم حذفت الصلة كما في المندوب .

واعلم أن قوله من كل وجه يتعلق بالمرقوق دون المملوك، لأن الكمال في الرق شرط دون الملك ، ولهذا لو أعتق المكاتب الذي يرد شيئًا صح عن الكفارة ، ولو أعتق المدبر لم يصح ، لأن الرق فيه ناقص .

م: (**والشافعي يخالفنا في الكافرة**) ش: فإنها لا تجزىء في كفارة الظهار عنده ، وبه قال مالك وأحمد ، إلا أن مالكًا يقول بجواز إعتاق المجوسي عنها لما أنه يجبر على الإسلام عنده فيحصل الإسلام بعده بالإكراه عليه م: (**وهو**) ش: أي الشافعي م: (**يقول الكفارة حق الله فلا يجوز صرفها إلى عدو الله كالزكاة**) ش: أي كما لا يجوز صرف الزكاة إلى الكافر لأنه عدو الله، وفي بعض النسخ م: (**فلا يجوز صرفه**) ش:، أي صرف حق الله تعالى .

م: (**ونحن نقول المنصوص عليه إعتاق الرقبة ، وقد تحقق**) ش: لأن المطلق عبارة عن المنصوص للذات دون الصفات وقد تحقق، لأنه ليس فيه بأس على الإيمان والكفر م: (**وقصده من الإعتاق التمكن من الطاعة**) ش: هذا جواب عن قول الشافعي الكفارة حق الله تعالى ، تقديره أن قصد المكفر بالإسلام هو أن يتمكن المعتق من الطاعة بخلوصه عن خدمة المولى م: (**ثم مقارفته**) ش: بالقاف بعد الميم ، أي ثم ارتكابه م: (**المعصية يحال به إلى سوء اختياره**) ش: الضمير في به يرجع إلى المقارفة على تأويل الاقتراف والكسب ، لأن المقارفة تمنع الاقتراف ، وهو كسب السيئة .

ثم توضيح معنى هذا الكلام أن يقال تحرير الكافر ليس بسيئة من وجه ، بل هو حسنة من كل

....

وجه ، لأنه تخليصه من الرق وتمكينه من الطاعة والنظر في محاسن الإسلام ، لأنه أحسن إليه ، فإن لم يفعل ذلك فهو من سوء اختياره ، فلا يضاف ذلك إلى المولى .

ولقائل أن يقول مقارفة المعصية يحال به إلى سوء اختياره ، لكن لم لا يكون قصور ذلك منه مانعًا عن الصرف إليه كما في الزكاة . والجواب أن القياس جواز صرف الزكاة إليه أيضًا ، لأن فيه مواساة عباد الله ، لكن قوله عليه السلام «خذها من أغنيائهم وردها في فقرائهم» أخرجهم عن المصرف ، وقد أطال الشراح هنا بذكر دلائل من جهة الخصم وردها من جهتنا فنذكرها ملخصة :

فقالوا الكفارة مطهرة ، والكافر غير أهل لذلك ، قال الله تعالى ﴿ **ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون** ﴾ (البقرة : الآية ٢٦٧) ، ولا خبث أشد من الكفر ، ولهذا لا يجوز كفارة المرتد ، لأن الإيمان شرط في كفارة القتل بالنص والإجماع ، فكذا في سائر الكفارات ، لأنها جنس واحد ، ولأن المطلق يحمل على المقيد في جنس الواحد ، والكفارات جنس واحد ، ولأنا أمرنا بعتق رقبة حي قائم من كل وجه ، ولهذا الذمي والكافر ميت ، قال الله تعالى ﴿ **أو من كان ميتًا فأحييناه** ﴾ (الأنعام : الآية ١٢٢) ولأن الكفارة حسنة ، وإعتاق الكافر سيئة لما فيه من تفريغ باله لعبادة الأوثان ، ولأنه عليه السلام قال لمعاوية بن الحكم حين أتى بجارية مجوسية وقال يارسول الله علي رقبة فأعتقها عنه ، فقال لها رسول الله ﷺ «أين الله» فأشارت إلى السماء ، فقال : « أعتقها فإنها مؤمنة » ، رواه مسلم والنسائي ، وماسأل عن سبب وجوب الكفارة ، فدل أن الإيمان شرط في الجميع ، ولأنه لا يجوز التقرب إلى الله بعتق أعدائه ، ولأن العمل بالقيد عمل بالدليلين ، لأن المطلق جزء المقيد .

قلنا : جواز المؤمنة باعتبار أنها رقبة لا لأنها مؤمنة ، وكذا الكافرة كما في الكبيرة والصغيرة وبينهما تضاد ، والمرتد ممنوع يجوزعند بعض مشايخنا ، وعند البعض لا يجوز ، لأنه مستحق القتل ، حتى يجوز بالمرتد بلا خلاف ، وتقييده بالإيمان زيادة على النص ، وهي نسخ ولا يجوز تقييده بالقياس على كفارة القتل أيضًا ، لأنه قياس المنصوص على المنصوص ، فلا يجوز ذلك للزوم اعتقاد النقص فيما تولى الله بيانه ، ولا يحمل المطلق على المقيد إذا أمكن العمل بها ، وإطلاق الميت على الكافر مجاز ، فإنه لو قال كل مملوك لي حي حر عتق جميع عبيده الكفار بالإجماع .

والقول بأن إعتاق الكافر سيئة غير مستقيم لصحة النذر به . ولأنه تعاون على البر والتقوى كما ذكر عن قريب . وحديث معاوية بن الحكم مؤول عند الثقات ، فإن فيه السؤال عن مكان الله وهو محال على الله عز وجل ، أو نقول الحديث محمول على كفارة القتل بدليل قوله إن علي رقبة مؤمنة . وفي رواية أخرى وقولهم لا يجوز التقرب إلى الله تعالى بعتق أعدائه مخالف

ولا تجزىء العمياء ، ولا المقطوعة اليدين أو الرجلين من خلاف ؛لأن الفائت جنس المنفعة وهي البصر أو البطش أو المشي ، وهو المانع ،أما إذا اختلت المنفعة فهو غير مانع ، حتى يجوز العوراء أو مقطوعة إحدى اليدين وإحدى الرجلين من خلاف ؛ لأنه ما فات جنس المنفعة بل اختلت ، بخلاف ما إذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي ، إذ هو عليه متعذر ، ويجوز الأصم ،والقياس أن لا يجوز ، وهو رواية «النوادر» ، لأن الفائت جنس المنفعة إلا أنا استحسنا الجواز ، لأن أصل المنفعة باق ، فإنه إذا صيح عليه سمع ، حتى لو

للنص، قال الله تعالى ﴿ لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم ﴾ إلى قوله ﴿ أن تبروهم وتقسطوا إليهم﴾ (الممتحنة : الآية ٨) فإنه تعالى ما نهانا عن الإحسان إليهم ، ولهذا يصح النذر بإعتاق العبد الكافر ، وقد جوزت المالكية اعتاق المجوسي والصابئين ، ولم يجوز أهل الكتاب .

وقولهم العمل بالمقيد عمل بالدليلين وهو باطل، لأن الإطلاق ضد التقييد فلا يكون العمل بالمقيد عملاً بالمطلق ، إذ في الإطلاق توسعة بعتق أي رقبة شاء وفي التقييد تضييق .

فإن قلت: المقيد بمنزلة البيان للمطلق قلت : هذا فاسد لأن المطلق لا يحتاج إلى البيان ، إذ العمل بإطلاقه ممكن .

م: (ولا تجزئ العمياء، ولا مقطوعة اليدين أو الرجلين من خلاف) ش: المراد من العمياء الرقبة العمياء ، وهي تشمل الذكر والأنثى جميعًا ، لا الأمة العمياء ، لأن عدم الجواز لا باعتبار الأنوثة، بل باعتبار فوات جنس المنفعة م: (لأن الفائت جنس المنفعة) ش: وهو ما ثبت في هذه الصور م: (وهو البصر) ش: من العمياء م: (أو البطش أو المشي) ش: في مقطوعة الرجلين م: (أو البطش) ش: في مقطوعة اليدين م: (وهو المانع) ش: أي فائت جنس المنفعة هو المانع .

م: (أما إذا اختلت المنفعة) ش: أي جنس المنفعة م: (فهو غير مانع حتى يجوز العوراء أو مقطوعة إحدى اليدين وإحدى الرجلين من خلاف ؛ لأنه ما فات جنس المنفعة بل اختلت) ش: أي المنفعة وجنسها باق ، ولا خلاف للأئمة الأربعة وأصحابهم أنه لا يجزئ عن الكفارة في عيب يفوت به جنس المنفعة . وعن إبراهيم النخعي والشعبي أن عتق الأعمى جائز . وعن ابن جريج يجزئ الأشل . وعند داود وأصحابه لا يمنع شيء من العيوب .

م: (بخلاف ما إذا كانتا) ش: أي اليدان والرجلان م: (مقطوعتين من جانب واحد ، حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي) ش: وكذا منفعة البطش م: (إذ هو) ش: أي المشي م: (عليه متعذر) ش:، وكذا البطش . وكذا لا يجوز إذا كان من كل يد ثلاثة أصابع مقطوعة م: (ويجوز الأصم) ش: في الاستحسان م: (والقياس أن لا يجوز، وهو رواية النوادر ؛ لأن الفائت جنس المنفعة . إلا أنا استحسنا الجواز) ش: أي جواز الأصم م: (لأن أصل المنفعة باق ، فإنه إذا صيح عليه سمع ، حتى لو

كان بحال لا يسمع أصلاً بأن ولد أصم - وهو الأخرس- لا يجزيه. ولا يجوز مقطوع إبهامي اليدين؛لأن قوة البطش بهما ، فبفواتهما يفوت جنس المنفعة.ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل ؛ لأن الانتفاع بالجوارح لا يكون إلا بالعقل ، فكان فائت المنافع والذي يجن ويفيق يجزئه ، لأن الاختلال غير مانع . ولا يجزيء عتق المدبر وأم الولد لاستحقاقهما الحرية بجهة ، فكان الرق فيهما ناقصًا ، وكذا المكاتب الذي أدى بعض المال ، لأن إعتاقه يكون ببدل؛

كان بحال لا يسمع أصلاً بأن ولد أصم- وهو الأخرس -لا يجزيه) ش: وفي «الشامل» يجزئ الأصم، ثم قال: وقالوا لأن الصمم لا يؤثر في الكسب تأثيراً فاحشًا . ثم قال وقيل الصمم بأصل التخليق تمنع التكفير . وقال في «فتاوى الولوالجي» ويجوز الأصم عن كفارة الظهار إذا كان يسمع شيئًا ولا يسمع شيئًا . وإذا كان لا يسمع شيئًا لا يجوز وهو المختار .

وفي «الحلية» يجوز مقطوع الأنف والأصم إذا فهم بالإشارة والأخرس إذا فهمت إشارته ، وهو قول الشافعي وأبي ثور . ولا يجزئ عند أحمد على المنصوص ، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله ومالك في رواية . م: **(ولا يجوز مقطوع إبهامي اليدين ،لأن قوة البطش بهما فبفواتهما تفوت جنس المنفعة)** ش: وكذا لا يجوز رذا قطعت من كل يد ثلاثة أصابع لفوات منفعة البطش . وقطع أكثر الأصابع كقطع جنسها ، ولو كان المقطوع من كل يد أصبعًا أو أصبعين سوى الإبهام يجزئ لأن منفعة البطش باقية ، كذا في «المبسوط» . وقال الشافعي : لو كان مقطوع السبابة أو الوسطى لا يجوز ، كقطع الإبهام ، لأن معظم العمل يتعلق بهذه الثلاثة .

م: **(ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل ، لأن الانتفاع بالجوارح لا يكون إلا بالعقل ، فكان فائت المنافع)** ش: المجنون الذى لا يعقل اصلاً هو المجنون المطبق لا يجوز بلا خلاف للأئمة الأربعة م: **(والذي يجن ويفيق يجزئه ، لأن الإختلال غير مانع)** ش: وإنما يجزئه إذا أعتقه في حال الإفاقة لا يقال الرقبة الصغيرة فائت المنافع من المشي والنطق والعقل والكلام ، لأنها عديمة المنافع إلى زمان الإصابة ، فلا يعد ذلك عيبًا . وفي «المبسوط» وفيه روى إبراهيم عن محمد خلاف حال الدم الذي قد قضي بدمه ثم عفي عنه لم يجز ، كذا في «المحيط» .

م: **(ولا يجزئ عتق المدبر)** ش: خلافًا للشافعي لأنه يرى جواز بيعه ، وبه قال أحمد وعثمان البتي وداود الظاهرى م: **(وأم الولد)** ش: أي وعتق أم الولد لا يجزئ عتقه . وقال عثمان وداود: يجوز عتق أم الولد بناء على جواز بيعها عندهما ، ولا يجوز عند الحسن ومن ذكرنا معه الآن م: **(لاستحقاقهما الحرية بجهة)** ش: وهي جهة التدبير ، وجهة الاستيلاد م: **(فكان الرق فيهما ناقصًا)** ش: لتوجه العتق إليهما قبل م: **(وكذا)** ش: أي وكذا لا يجزئ م: **(المكاتب الذي أدى بعض المال ، لأن إعتاقه يكون ببدل)** ش: أي بعوض ، والعوض يبطل معنى القربة، هذا ظاهر الرواية ، وبه قال زفر والشافعي ومالك وأحمد في رواية .

وعن أبي حنيفة -رحمه الله- أنه يجزئه لقيام الرق من كل وجه ، ولهذا تقبل الكتابة الإنفساخ ، بخلاف أمومية الولد والتدبير لأنهما لا يحتملان الانفساخ فإن أعتق مكاتبًا لم يؤد شيئًا جاز ، خلافًا للشافعي -رحمه الله- ، له أنه استحق الحرية بجهة الكتابة ، فأشبه المدبر. ولنا أن الرق قائم من كل وجه على ما بينا ، ولقوله عليه السلام : «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » ، والكتابة لا تنافيه، فإنه فك الحجر بمنزلة الإذن في التجارة ، إلا أنه بعوض ، فيلزم من جانبه ،

م: (**وعن أبي حنيفة أنه يجزئه**) ش: أي أن عتق المكاتب الذي أدى بعض المال يجزئه ، رواه الحسن عن أبي حنيفة م: (**لقيام الرق من كل وجه**) ش: لأن رقه لا ينقص بما أدى من البدل م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل قيام الرق من كل وجه م: (**تقبل الكتابة الانفساخ**) ش: سواء كان بعد استيفاء بعض أو قبله م: (**بخلاف أمومية الولد والتدبير ، لأنهما لا يحتملان الانفساخ**) ش: فلا يجوز عتقهما عن الكفارة ، لأن الكفارة عتق الرقبة وهي اسم للذات المرقوقة لغة وشرعًا ، فيقتضي قيام الرق مطلقًا ، والمطلق يقع على الكامل لا الناقص والاستيلاد والتدبير يمكن النقصان فيهما ، فلا يجوز .

م: (**فإن أعتق مكاتبًا لم يؤد شيئًا**) ش: يعني من مال الكتابة م: (**جاز**) ش: عندنا ، وبه قال أحمد في رواية م: (**خلافًا للشافعي رحمه الله تعالى**) ش: وزفر ومالك وأحمد في رواية م: (**له**) ش: أي للشافعي م: (**أنه**) ش: أي أن المكاتب م: (**استحق الحرية بجهة الكتابة ، فأشبه المدبر**) ش: أي على مذهبه ، لأن عنده بيع المدبرة ، وإعتاقه عن الكتابة جائز ، وهذا إلزام من الشافعي على أصحابنا على ما أجابوا ، يعني أن المدبر لا يجوز إعتاقه عن الكفارة عندكم ، لأنكم قلتم إنه مستحق العتق بجهته ، فينبغي أن لا يجوز إعتاق المكاتب أيضًا ، لأنه مستحق العتق بجهته، وهو باطل ، لأنه ينفسخ وذلك لا م: (**ولنا أن الرق**) ش: أي في المكاتب م: (**قائم من كل وجه على ما بينا**) ش: أشار به إلى قوله ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ م: (**ولقوله عليه السلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (« **المكاتب عبد ما بقي عليه درهم** ») ش: هذا الحديث أخرجه أبو داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال : « المكاتب عبد ما بقي عليه من الكتابة شيء »انتهى .

فعلم أن الرق فيه كامل قبل أداء بدل الكتابة ، فيدخل تحت مطلق اسم الرقبة م: (**والكتابة لا تنافيه**) ش: أي تنافي الرق ، يعني لا يلزم من وجود الكتابة ارتفاع الرق لعدم المنافاة م: (**فإنه**) ش: أي فإن عقد الكتابة . وفي بعض النسخ - من -فإنها أي فإن الكتابة م: (**فك الحجر**) ش: عن العبد في حق المكاسب م: (**بمنزلة الإذن في التجارة**) ش: وذا لا يمكن نقصانًا في الرق.

فإن قلت : لو كانت الكتابة فك الحجر بمنزلة الإذن في التجارة لا يستبد المولى بالفتح كما في عزل المأذون ، فأجاب بقوله م: (**إلا أنه**) ش: أي أن عقد الكتابة م: (**بعوض ، فيلزم من جانبه**) ش: أي من جانب الولي ، بخلاف الإذن ، فإنه فك بغير عوض .

ولو كانت مانعة ينفسخ بمقتضى الإعتاق ؛إذ هي يحتمله إلا أنه تسلم له الأكساب والأولاد ؛ لأن العتق في حق المحل لجهة الكتابة ، أو لأن الفسخ ضروري لا يظهر في حق «الولد والكسب . وإن اشترى أباه أو ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها ، وقال الشافعي -رحمه الله-: لا يجوز ، وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين ، والمسألة تأتيك في كتاب الأيمان إن شاء الله ، فإن أعتق نصف عبد مشترك -وهو موسر- فضمن قيمة باقيه لم يجز، عند أبي حنيفة -رحمه الله- ، ويجوز عندهما ؛ لأنه يملك نصيب صاحبه بالضمان ، فصار معتقًا كل العبد عن الكفارة

م: (**ولو كانت**) ش: جواب بطريق التنزيل ، يعني لو سلمنا أن الكتابة لو كانت م: (**مانعة**) ش: أي وقوع الإعتاق عن الكفارة م: (**تنفسخ**) ش: أي الكتابة م: (**بمقتضى الإعتاق**) ش: يعني ضرورة صحة الإعتاق بطريق الاقتضاء م (**إذ هي**) ش: أي الكتابة م: (**تحتمله**) ش: أي تحتمل الفسخ، ولو كان مانعًا للفسخ بمقتضى، إذ هو يحتمله ، أي ولو كان عقد الكتابة مانعًا وقوع الإعتاق . . . إلى آخره .

م: (**إلا أنه تسلم له الأكساب والأولاد**) ش: هذا جواب عما يقال إن عقد الكتابة لما انفسخ التحق بالعدم ، فينبغي أن يكون الأكساب والأولاد للمولى ، فأجاب بجوابين ، أحدهما : هو قوله - يسلم له الأولاد والأكساب - م: (**لأن العتق في حق المحل لجهة الكتابة**) ش: وفي حق المولى لجهة الكفارة رعاية للجانبين . والجواب الآخر هو قوله م: (**أو لأن الفسخ ضروري**) ش: أي فسخ عقد الكتابة ضرورة الجواز من جهة التكفير م: (**لا يظهر في حق الولد والكسب**) ش: لأن الثابت بالضرورة لا يعدو موضعها.

م: (**وإن اشترى**) ش: أي المظاهر م: (**أباه أو ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها**) ش: أي عن الكفارة ، وإليه ذهب بعض أصحاب الشافعي ، وكذا لو اشترى كل ذي رحم محرم يعتق عليه م: (**وقال الشافعي: لا يجوز**) ش: وبه قال أبو حنيفة أولاً ومالك وأحمد وزفر ، وعلى الخلاف لو وهب له أو أوصى به ، أما لو ملكه بلا صنعة ، كما لو دخل بالميراث لا يجزئه بالإجماع م: (**وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين**) ش: وكذا كفارة الظهار والقتل م: (**والمسألة تأتيك في كتاب الأيمان إن شاء الله تعالى**) ش: فرجواً من كرم الله تعالى وفضله إن فضل إليه ، وإلى ما بعده إلى آخره إن شاء الله تعالى .

م: (**فإن أعتق نصف عبد مشترك ،وهو موسر**) ش: أي والحال أنه غني ، قيد به ، لأنه إذا كان معسراً تجب عليه السعاية ، فلا يجزئ عن الكفارة عندهما أيضًا ، لأنه إعتاق بعوض م: (**فضمن قيمة باقيه لم يجز عند أبي حنيفة ، ويجوز عندهما**) ش: وقال الشافعي : لو أعتق بقيمته ونوى عتق جميعه عن الكفارة أجزأه ، ولو كان معسراً فأعتق نصيبه عن كفارة اشترى نصيب شريكه **فأعتقه** عن كفارته أجزأه فيه وإلا لا م: (**لأنه يملك نصيب صاحبه بالضمان، فصار معتقًا كل العبد عن الكفارة**

وهو ملكه ، بخلاف ما إذا كان المعتق معسرًا ؛ لأنه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك فيكون إعتاقًا بعضو . ولأبي حنيفة -رحمه الله- أن نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول إليه بالضمان ، ومثله يمنع الكفارة . وإن أعتق نصف عبده عن كفارة، ثم أعتق باقيه عنها جاز ؛ لأنه أعتقه بكلامين ، والنقصان متمكن على ملكه بسبب الإعتاق بجهة الكفارة ، ومثله غير مانع كمن أضجع شاة للأضحية فأصاب السكين عينها ، بخلاف ما تقدم ؛ لأن النقصان فيه متمكن على ملك الشريك ، وهذا على أصل أبي حنيفة -رحمه الله- ،

وهو ملكه) ش: أي والحال أنه ملكه في ذلك الوقت م: (**بخلاف ما إذا كان المعتق معسراً ،لأنه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك ، فيكون إعتاقًا بعوض**) ش: فلا يجوز بالإعتاق .

م: (**ولأبي حنيفة أن نصيب صاحبه ينتقص على ملكه**) ش: لاستحقاق الحرية ولتعذر استدامة الملك فيه م: (**ثم يتحول إليه بالضمان**) ش: ما بقي منه م: (**ومثله يمنع الكفارة**) ش: لتمكن النقصان منه ، فإذا أعتق يكون معتقًا رقبة ناقصة .

فإن قيل المضمونات بأداء الضمان بصفة الاستناد إلى زمان وجود السبب فصار نصيب الساكت ملك المعتق زمان الإعتاق ، فكان النقصان في ملك شريكه ، ومثله لا يمنع الكفارة .

أجيب : بأن الملك في المضمون يثبت بصفة الاستناد في حق الضامن والمضمون ، لا في حق غيرها ، والكفارة غيرها ، فيتمكن النقصان في حقها فلا يجوز .

م: (**وإن أعتق نصف عبده عن كفارة ثم أعتق باقيه**) ش: أي باقي عبده م: (**عنها جاز**) ش: استحسانًا والقياس أن لا يجوز عند أبي حنيفة كما في العبد المشترك لوجود النقصان في النصف الآخر . وجه الاستحسان ما أشار إليه بقوله م: (**لأنه أعتقه بكلامين**) ش: ولا محظور فيه م: (**والنقصان**) ش: هذا جواب عما يقال قد يمكن النقصان كما مر . فأجاب بقوله والنقصان أي الواقع في النصف الآخر م: (**متمكن على ملكه بسبب الإعتاق بجهة الكفارة ،ومثله غير مانع**) ش: أي ومثل النقص الذي حصل بسبب الإعتاق غير مانع من الجواز ، وبه قال الشافعي وأحمد . والمشهور عن مالك عدم الجواز ، وبه قال أبو ثور . وعن القاسم من أصحاب مالك يجوز .

م: (**كمن أضجع شاة**) ش: ذكر هذا نظير الاستحسان في الجواب ، وهو أنه أضجع شاة م: (**للأضحية**) ش: ليذبحها م: (**فأصاب السكين عينها**) ش: لا يمنع جواز التضحية ، لأن النقصان حصل من فعل التضحية كما حصل هنا من فعل الكفارة م: (**بخلاف ما تقدم ، لأن النقصان فيه متمكن على ملك الشريك**) ش: أي النقصان فيه وقع في ملك الشريك م: (**وهذا**) ش: أي جعله إعتاقًا بكلامين م: (**على أصل أبي حنيفة**) ش: في تجزيء الإعتاق .

أما عندهما فالإعتاق لا يتجزأ، فإعتاق النصف إعتاق الكل ، فلا يكون إعتاقًا بكلامين . وإن أعتق نصف عبده عن كفارته، ثم جامع التي ظاهر منها، ثم أعتق باقيه لم يجز عند أبي حنيفة -رحمه الله-؛ لأن الإعتاق يتجزأ عنده ، وشرط الإعتاق أن يكون قبل المسيس بالنص ، وإعتاق البعض حصل بعده ، وعندهما إعتاق النصف إعتاق الكل ، فحصل الكل قبل المسيس. وإذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان،ولا يوم الفطر ،ولا يوم النحر،ولا أيام التشريق . أما التتابع فلأنه منصوص عليه ، وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من إبطال ما أوجبه اللهتعالى، والصوم في هذه الأيام منهي عنه ، فلا ينوب عن الواجب الكامل

م: (**أما عندهما فالإعتاق لا يتجزأ ، فإعتاق النصف إعتاق الكل ، فلا يكون إعتاقًا بكلامين**) ش: وعلى هذا مبنى المسألة التي تليها ، وهي قوله م: (**وإن أعتق نصف عبده عن كفارته ، ثم جامع التي ظاهر منها ثم أعتق باقيه لم يجز عند أبي حنيفة ، لأن الإعتاق يتجزأ عنده ، وشرط الإعتاق أن يكون قبل المسيس بالنص**) ش: وهو قوله تعالى ﴿ **فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا** ﴾ (المجادلة : الآية٣) م: (**وإعتاق البعض حصل بعده**) ش: أي بعد المسيس فلا يجوز عن الكفارة .

م: (**وعندهما إعتاق النصف إعتاق الكل**) ش: على أصلهما ، لأن الإعتاق لا يتجزأ م: (**فحصل الكل قبل المسيس**) ش: فيجوز . م: (**وإذا لم يجد المظاهر ما يعتق**) ش: وفي «المحيط» : إذا لم يملك الرقبة ولا ثمن رقبة م: (**فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان**) ش: أي ليس في الشهرين شهر رمضان ، إلا إذا كان مسافراً وصام شعبان ورمضان بنية الكفارة أجزأه عند أبي حنيفة وأبي ثور ، ولا يجزئه عند أبي يوسف ومحمد والشافعي .

م: (**ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا أيام التشريق أما التتابع فلأنه منصوص عليه**) ش: بقوله تعالى﴿ **فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا** ﴾ (المجادلة : الآية ٣) م: (**وشهر رمضان لايقع عن الظهار لما فيه من إبطال ما أوجبه الله تعالى**) ش: لأن الله تعالى أمر بالصوم فيه ، فالصوم الواقع فيه يقع عن صوم رمضان ، فلا يقع عن فرض آخر. **فإن قلت** : كيف صار صوم رمضان عنه ، وعن صوم الاعتكاف إذا نذر أن يعتكف فيه فصامه معتكفًا. **قلت** : الصوم فيه شرط ، فيشترط وجوده كيفما كان لا قصداً، بخلاف الصوم في الكفارة ، لأنه فرض مقصود يعتبر وجوده قصداً .

م: (**والصوم في هذه الأيام**) ش: أي في أيام الفطر والنحر والتشريق م: (**منهي عنه ، فلا ينوب عن الواجب الكامل**) ش: لما روى الطبراني من حديث ابن عباس أن رسول الله ﷺ **أرسل صائحًا يصيح أن لا[1] تصوموا هذه الأيام ، فإنها أيام أكل وشرب وبعال**[2] ، والبعال وقاع النساء . وروى

---

(١) في النسخة الحجرية « أيام منهي صيامها فلا يصح »

(٢) قال الهيثمي في المجمع (٣/ ٢٠٣) : رواه الطبراني في الكبير وإسناده حسن.

فإن جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلاً عامداً أو نهاراً ناسيًا استأنف الصوم ،عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف -رحمه الله- لا يستأنف ؛ لأنه لا يمنع التتابع إذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط ، وإن كان تقديمه على المسيس شرطًا ففيما ذهبنا إليه تقديم البعض،وفيما قلتم تأخير الكل عنه ولهما أن الشرط في الصوم أن يكون قبل المسيس ، وأن يكون خاليًا عنه ضرورة بالنص، وهذا الشرط ينعدم به فيستأنف الصوم ، فإذا أفطر منهما يومًا بعذر أو بغير عذر

البخاري ومسلم من حديث عبيد قال : شهدت العيد مع عمر- رضي الله عنه - فبدأ بالصلاة قبل الخطبة ، ثم قال : إن رسول الله ﷺ نهى عن صيام هذين اليومين ،أما يوم الأضحى فتأكلون من لحم نسككم ، وأما يوم الفطر ففطركم من صيامكم .

وأخرجا أيضًا عن أبي سعيد الخدري - رضي الله تعالى عنه - قال نهى رسول الله ﷺ عن صيامين ، صيام يوم الأضحى ويوم الفطر .

م: (**فإن جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلاً عامداً ، أو نهاراً ناسيًا استأنف الصوم عند أبي حنيفة ومحمد**) ش: وبه قال الثوري ومالك وأحمد وأبو عبيد ، وإنما قيد الجماع بالتي ظاهر منها ، لأنه إذا جامع غيرها ، فإن كان وطئًا يفسد الصوم بقطع التتابع يلزمه الاستئناف بالإتفاق وإن كان لا يفسد الصوم بأن واقع بالنهار ناسيًا أو بالليل كيف كان لا يلزمه الاستئناف بالاتفاق . وقيل يجامع التي ظاهر منها بالنهار ناسيًا ، لأنه إذا جامع بالنهار عامداً استأنف بالاتفاق ، وذكر العمد في الليل وقع اتفاقًا ، لأن العمد والنسيان في الوطء بالليل سواء ،فعرفت أن الخلاف في وطء لا يفسد الصوم .

م: (**وقال أبو يوسف لا يستأنف**) ش: وبه قال الشافعي وابن المنذر والظاهرية م: (**لأنه لا يمنع التتابع ، إذ لا يفسد به الصوم**) ش: أي بالجماع ليلاً عامداً أو نهاراً ناسيًا ، فصار كوطء غيرها م: (**وهو الشرط**) ش: أي التتابع هو الشرط للصوم كفارة وقد وجد م: (**وإن كان تقديمه على المسيس شرطًا**) ش: هذا جواب عما يقال التقديم على المسيس شرط ولم يوجد ، فأجاب بقوله وإن كان إلى قوله م: (**ففيما ذهبنا إليه تقديم البعض ، وفيما قلتم**) ش: يعني الاستئناف م: (**تأخير الكل عنه**) ش: تأخير البعض هو من تأخير الكل .

م: (**ولهما**) ش: أي لأبي حنيفة ومحمد م: (**أن الشرط في الصوم أن يكون قبل المسيس**) ش: لأنه قال الله تعالى : ﴿ **من قبل أن يتماسا** ﴾ م: (**وأن يكون خاليًا عنه**) ش: أي والشرط أيضًا أن يكون الصوم خاليًا عن الجماع م: (**ضرورة بالنص**) ش: أي لأجل ضرورة كون الصوم قبل المسيس كونه خاليًا عنه بمقتضى النص ، وهو قوله تعالى ﴿**من قبل أن يتماسا** ﴾ م: (**وهذا الشرط**) ش: أشار به إلى خلو الشرط م: (**ينعدم به**) ش: أي بالمسيس في خلال الشهرين ، فإذا كان كذلك م: (**فيستأنف الصوم ، فإذا أفطر منهما**) ش: أي من الشهرين م: (**يومًا بعذر أو بغير عذر**

استأنف لفوات التتابع ، وهو قادر عليه عادة . وإن ظاهر العبد لم يجزئه في الكفارة إلا الصوم، لأنه لا ملك له فلم يكن من أهل التكفير بالمال . وإن أعتق المولى أو أطعم عنه لم يجزه، لأنه ليس من أهل الملك ، فلا يصير ملكًا بتمليكه ، فإذا لم يستطع المظاهر الصيام أطعم ستين مسكينًا لقوله تعالى : ﴿ فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينًا ﴾ (المجادلة : الآية ٤) ، ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر، أو صاعًا من تمر أو شعير، . أو قيمة ذلك؛ لقوله -عليه السلام- في حديث أوس بن الصامت

استأنف) ش: الصوم م: (لفوات التتابع) ش: المشروط بالنص م: (وهو قادرعليه) ش: أي على التتابع م: (عادة) ش: أي من حيث العادة ، واحترز به عن المرأة إذا أفطرت في كفارة الظهار والقتل بعذر الحيض ، فإنها لا تستأنف ، لأنها معذورة عادة لا تجد شهرين متتابعين لا تحيض فيهما .

م: (**وإن ظاهر العبد لم يجزئه في الكفارة إلا الصوم ؛ لأنه لا ملك له فلم يكن من أهل التكفير بالمال**) ش: وإن ملك لوجود التنافي بين الرق والملك ، فتعين كفارته بالصيام كالفقير م: (**وإن أعتق المولى أو أطعم عنه لم يجزه ، لأنه ليس من أهل الملك فلا يصير مالكًا بتمليكه**) ش: أي بتمليك المولى إياه ، وبه قال الشافعي وأحمد ، وهو مروي عن الحسن .

وقال ابن القاسم المالكي : لو أطعم بإذن مولاه أجزأه فلو أعتق لا يجزئه . وقال الأوزاعي : يجزئه ، فإنه بإذنه إذا لم يقدر على الصيام .

م: (**فإذا لم يستطع المظاهر الصيام أطعم ستين مسكينًا ؛ لقوله تعالى ﴿ فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينًا ﴾** (المجادلة : الآية ٤) (**ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر، أو صاعًا من تمر، أو شعير**) ش: من دقيق الحنطة أو سويقها أو نصف صاع من زبيب عند أبي حنيفة ، وعندهما صاع من زبيب وهي إحدى الروايتين عن أبي حنيفة كذا في الطحاوي م: (**أو قيمة ذلك**) ش: أي أو يطعم قيمة ذلك ، لكن من غير الأعداد المنصوصة مطلقًا ، وأما في الأعداد المنصوصة فلا يجوز أداؤها قيمة إذا كانت أقل قدراً مما قدر الشرع إن كان من الآخر قيمة ، حتى لو أدى نصف صاع من تمر جيد يبلغ قيمته نصف صاع من حنطة لا يجوز ، وكذا لو أدى أقل من نصف صاع من حنطة يبلغ قيمته صاعًا من تمر أو شعير لا يجوز ، والأصل فيه أن كل جنس هو منصوص عليه من الطعام لا يكون بدلاً عن جنس آخر هو منصوص عليه ، وإن كان في القيمة ، لأنه اعتبار لمعنى في المنصوص عليه، وإنما الاعتبار له في غيره .

م: (**لقوله عليه السلام**) ش: تعليل لقوله عليه السلام - أو يطعم كل مسكين نصف صاع - إلى قوله- أو شعير - وليس بتعليل لقوله - أو قيمة ذلك - أي لقول النبي ﷺ م: (**في حديث أوس بن الصامت**) ش: الحديث لخولة بنت ثعلبة زوج أوس بن الصامت أخي عبادة بن

وسهل بن صخر : «لكل مسكين نصف صاع من بر» .

الصامت، هكذا رواه أبو داود من طريق ابن إسحاق عن معمر بن عبد الله بن حنظلة عن يوسف ابن عبد الله بن سلام عن خويلة بنت ثعلبة قالت : ظاهر مني زوجي أوس بن الصامت فجئت رسول الله ﷺ أشكو إليه وهو يجادلني فيه، ويقول : اتق الله ، فإنما هو ابن عمك ، فما برحت حتى أنزل الله ﴿ قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها﴾... (المجادلة : الآية ١) ، فقال عليه السلام: «يعتق رقبة ، قالت : لا يجد قال فيصوم شهرين متتابعين ، قالت : إنه شيخ كبير لا يستطيع أن يصوم ، قال : يطعم ستين مسكينًا ، قالت ليس عنده شيء يتصدق به ، قال فإني أعينه بعرق من تمر ، قالت: يارسول الله وأنا أعينه بعرق من تمر ، قال : أحسنت ، فاطعمي بهما ستين مسكينًا وارجعي إلى ابن عمك»[١] . قال والعرق ستون صاعًا .

م: (وسهل بن صخر« لكل مسكين نصف صاع من بر») ش: والصواب سلمة بن صخر ، وكذا ذكر في «المبسوط ». قال أبو عمر بن عبد البر: هو سلمة بن صخر بن سليمان بن حارثة الأنصاري ثم البياضي مدني ، ويقال سلمان بن صخر وسلمة أصح ، وهو الذي ظاهر من امرأته ثم وقع عليها ، فأمره رسول الله ﷺ أن يكفر، وكان من البكائين . وقال أبو عمر أيضًا : سهل ابن صخر له صحبة ورواية حديثه عن يوسف بن خالد عن أبيه عن جده أنه أوصاه وقال :يا نبي الله أملكت ثمن عبد فاشترى عبداً ، فإن الحدود في نواصي الرجال ، ولم يذكر له شيئًا متعلقًا بالظهار .

وقال الذهبي : سهل بن صخر الليثي ، وقيل سهل نزل البصرة وحديثه عند خالد السمتي عن أبيه ، ولم يذكر شيئًا غير ذلك ، وقد عرفت من ذلك تقصير صاحب «الهداية» فيما ذكره . وأعجب من هذا الأترازي الذي طول الكلام في هذا الموضع وقوة الناظر فيه . وقال في معرض الاستدلال : ولنا ما روى الشيخ أبو الحسن الكرخي في «جامعه» في قصة خولة إن النبي ﷺ قال: فليطعم وسقًا من تمر ستين مسكينًا . ثم قال: والحديث مسند في «سنن أبي داود » بطوله ، انتهى. وكان ينبغي أن يذكر الحديث بلفظ ما رواه أبو داود بسنده .

وأشد عجبًا منه الأكمل حيث قال في شرحه: وما ذكره المصنف موافق لما ذكره المستغفري في «معرفة الصحابة» قال : سهل بن صخر ونظر فيه في موضعين ، أحدهما أن الأصح فيه سهل مكبراً كما ذكرناه ، ولم ينبه عليه ، بل بلغه كما وجد بخطوط من لا يعتبر نقلهم ، والآخر ادعى أنما ذكره المصنف موافق إلى آخره وليت شعري من أين هذه الموافقة ، لأن المصنف ذكر هذا دليلاً

---

(١) رواه أبو داود في الظهار (٢٢١٤) من طريق ابن إسحاق عن معمر بن عبد الله بن حنظلة عن يوسف بن عبد الله بن سلام عن خويلة بنت مالك بن ثعلبة . . . الحديث ، قلت : وفيه علتان : الأولى عنعنة ابن إسحاق والثانية معمر بن عبد الله وهو مقبول .

ولأن المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر .وقوله - أو قيمة ذلك - مذهبنا ، وقد ذكرناه في الزكاة . فإن أعطى منًا من بر ومنوين من تمر أو شعير جاز لحصول المقصود ، إذ الجنس متحد .

لما ذكر ولم يرد شيئًا أصلاً عن سهل بن صخر مما يتعلق بالظهار . وكان المستغفري ذكره في الصحابة لا يستلزم رواية شيء منه في الظهار ، وليس المقصد من ذكر المصنف إياه معرفة كونه صحابيًا ليس إلا . وكذا الكاكي قال : سهل بن صخر ، كذا أورد [. . .] المستغفري والحال بالحال .

وقال أيضًا : لنا حديث أوس بن الصامت كما ذكر في المتن ، رواه أبو داود وأحمد، وقد قلنا إن الحديث لخولة بنت ثعلبة ، ولم يجرد الحديث . واكتفى بقوله كما ذكر في المتن ، فإن هذه الأشياء من التقليد ، والشافعي هنا يطعم مداً من الطعام ويجب ذلك من غالب قوت البلد من الحبوب والثمار التي يجب فيها الزكاة . وقال مالك : يجب مد بمد هشام ، وهو مدان بمد النبي ﷺ ، وقيل إنه دونهما ، لأنه عليه السلام نص على مدين في فدية الأذى والظهار مثله . وقال أحمد : يجب من البر مد ، ومن التمر ومن الشعير مدان ، لأنه روي عن عطاء عن أوس أخي عبادة بن الصامت أنه عليه السلام أعطى خمسة عشر صاعًا من شعير .

قال أبو داود : هذا منقطع ، لأن عطاء لم يلق أوسًا .

م: (**ولأن المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين ، فيعتبر بصدقة الفطر**) ش: يعني في المقدار ، لكن بينهما فرق ، فإنه يجوز التفريق في صدقة الفطر ، فإن أدى مناً من الحنطة إلى مسكين ومنًا آخر ، وهنا لا يجوز بل يجب عليه أن يتم على ذلك المسكين ، فإنه لم يجد يستأنف على غيره ، لأن المعتبر في صدقة الفطر المقدار دون العدد ، وفي الكفارة العدد بالنص ، قال تعالى ﴿ **فإطعام ستين مسكينًا** ﴾ (المجادلة : الآية ٤) ، كذا في « مبسوط فخر الإسلام» و«شرح الطحاوي » .

م: (**وقوله - أو قيمة ذلك - مذهبنا**) ش: أي قول القدوري رحمه الله تعالى ، لأن المسألة مذكورة في القدوري هكذا م: (**وقد ذكرناه في الزكاة**) ش: أي وقد ذكرنا معناه في كتاب الزكاة ، وفي فصل الحملان والفصلان .

م: (**فإن أعطى منًا من بر ومنوين من تمر أو شعير جاز**) ش: هذه من مسائل الأصل ، ولم يذكر في القدوري ولا في الجامع الصغير ذكرها المصنف رحمه الله تعالى على سبيل التفريع ، ولفظ الأصل : ولو أعطى لكل مسكين مداً من بر أو مدين من شعيراً أو تمر أجزأة م: (**لحصول المقصود**) ش: وهو دفع حاجة الفقير م: (**إذ الجنس متحد**) ش: وهو الكفارة ، وهو متحد من حيث الإطعام ، لأن كل واحد من الأصلين أصلاً ، فيجوز النصف من كل واحد منهما، وهو سد خلة المحتاج في يومه يحصل ذلك بخلاف ما إذا أعطى من صنف أقل مما قدر فيه ، لكنه

وإن أمر غيره أن يطعم المساكين عن ظهاره ففعل أجزأه ؛لأنه استقراض معنى ،والفقير قابض له أولاً ثم لنفسه ، فتحقق تملكه ثم تمليكه. فإن غداهم وعشاهم جاز،

يساوي كمال الواجب من صنف ، فإنه لا يجوز ، كما إذا أعطى مداً وهو يساوى صاعًا من شعير إذا أعطى نصف صاع من تمر ، وهو يساوي نصف صاع حنطة لا يجوز، لأن الرديء غير المنصوص ، فلا يعتبر فيه القيمة.

فإن قيل : لو أعتق نصف رقبتين بأن كان بينه بين شريكه رقبتين فأعتق نصيبه منهما من الكفارة لا يجوز مع أن الجنس متحد من حيث الإعتاق . قلنا نصف الرقبتين ليس برقبة كاملة ، إذا الشركة في كل رقبة تمنع التكفير ، بخلاف الأضحية بأن ذبحا شاتين عن أضحيتهما حيث يجوز لأن الشركة تمنع الأضحية كما في البدنة ، كذا في «المبسوط» .

م: (**وإن أمر غيره أن يطعم المساكين عن ظهاره ففعل أجزأه**) ش: هذه أيضًا من مسائل الأصل ، ذكر بسبيل التفريع م: (**لأنه استقراض معنى**) ش: أي لأن أمره بالإطعام عنه طلب الفرض منه من حيث المعنى م: (**والفقير قابض له أولاً ، ثم لنفسه**) ش: أي قابضًا له نيابة عنه ، ثم يكون قابضًا لنفسه م: (**فتحقق تملكه**) ش: أي تملك الأمر .

م: (**ثم تمليكه**) ش: أي ثم يتحقق تمليكه إلى الفقير ، كما لو وهب الدين من غير من عليه الدين وأمره يقبضه ، فإنه يجوز لأنه يصير قابضًا للواهب ، ثم يجعله لنفسه ، كذا هنا . ولا يقال كيف يجعل الفقير نائبًا ، وهو مجهول ، والرضا بكونه نائبا شرط ، لأنا نقول إنما يراعى شرائط النيابة إذا كانت تصدية لا ضمنية لما عرف أن ما ثبت ضمنًا لا يراعى شرائطه .

قال الكاكي : ويرد على ظاهر الرواية التزوج على عبد الغير أو ثوب الغير ، فإنهما يجعل فيهما قرضًا لا هبة ، وإن كان في القرض شك والفرق أن في معنى الإطعام معنى القربة والصدقة ، فيقصد بذلك الثواب والأجر دون المال ، بخلاف غيره . ومنهم من يقول الصدقة تقع في يد الرحمن قبل أن تقع في يد المحتاج ، ولهذا لا تضر الجهالة في الصدقة ، لأن القابض معلوم ، ولهذا لو تصدق بدار تحتمل القسمة على فقيرين جاز ، وعلى غنيين لا يجوز ، والفرق أن القابض في الصدقة معلوم دون الهبة .

م: (**فإن غداهم وعشاهم جاز**) ش: هذه من مسائل القدوري ، أي فإن غدى ستين مسكينًا يعنى أطعم الغداء ، وهو طعام الغداة . قوله - وعشاهم - أي أطعمهم العشاء ، وهو طعام العشاء الرواية بالواو لا بأو ، فإن التغذية الواحدة دون التعشية ، والتعشية من غير التغذية لا يجوز ذكره في «المبسوط» . وعن أبي حنيفة لو غدى ستين مسكينًا وعشى آخرين لا يجوز .

وقال الكاكي : وما في بعض نسخ الهداية إن عشاهم أراد به غداهم غدائين أوعشاهم

قليلاً كان ما أكلوا أو كثيراً ، وقال الشافعي -رحمه الله- :لا يجزئه إلا التمليك اعتباراً بالزكاة وصدقة الفطر ، وهذا لأن التمليك أدفع للحاجة ، فلا تنوب منابه الإباحة . ولنا أن المنصوص عليه هو الإطعام ، وهو حقيقة في التمكين من الطعم وفي الإباحة ذلك ، كما في التمليك . أما الواجب في الزكاة الإيتاء ، وفي صدقة الفطر الأداء ، وهما للتمليك حقيقة .

عشائين ، ذكره في «المحيط» ، فعلم أن المراد غداآن أو عشاآن أو غداء وعشاء م: (**قليلاً كان ما أكلوا أو كثيراً**) ش: أي بعدما شبعوا ، إذ القصد الشبع لا المقدار ، لأن المقصود دفع حاجة اليوم. وفي المحيط المعتبر أكلتان مشبعتان ، ولا يعتبر فيه مقدار الطعام ، حتى لو قدم أربعة أرغفة أو ثلاثة في كفارة اليمين بين يدي عشرة وشبعوا أجزأ وإن لم يبلغ ذلك صاعًا أو نصف صاع .

ولو كان أحدهما شبعان هل يجوز ، اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم يجوز ، لأنه وجد إطعام العشرة .

وقال بعضهم: لا يجوز لأن المأخوذ عليه إشباع العشرة ، ولم يوجد ، وبقولنا قال إبراهيم النخعي ومالك .

م: (**وقال الشافعي لا يجزئه إلا التمليك**) ش: وبه قال أحمد ، وإنما يعتبر فيه التمليك دون الإباحة م: (**اعتباراً بالزكاة ، وصدقة الفطر**) ش: أي قياسًا عليهما م: (**وهذا**) ش: أي وجه اعتبارها بالزكاة وصدقة الفطر م: (**لأن التمليك أدفع للحاجة ، فلا تنوب منابه الإباحة**) ش: لأن الإباحة ليست مثل التمليك في دفع الحاجة .

م: (**ولنا أن المنصوص عليه هو الإطعام**) ش: وهو جعل الغير طاعمًا م: (**وهو حقيقة في التمكين من الطعم**) ش: بضم الطاء وهو الطعام ، والطعام بالفتح مذاق الشيء م: (**وفي الإباحة ذلك**) ش: أي الإطعام م: (**كما في التمليك**) ش: أي كما في معنى التمليك الإطعام ، فإذا كان كذلك فيتأدى الواجب بكل واحد منهما ، فكانت الإباحة ثابتة بالنص ، والتمليك في معناه بل هو فوقه فيما هو المقصود ، وهو سد خلة الفقير وإغناؤه .

م: (**أما الواجب في الزكاة**) ش: جواب عن قول الشافعي اعتباراً بالزكاة ، وصدقة الفطر وتقريره أن الواجب في الزكاة م: (**الإيتاء**) ش: وهو الإعطاء م: (**وفي صدقة الفطر الأداء وهما للتمليك**) ش: أي المعنى التمليك م: (**حقيقة**) ش: فلا يجوز الإباحة ، وفي «الكافي» الأصل أن الإباحة تصح في كفارة الظهار ، والإفطار واليمين ، وجزاء الصيد والفدية دون الصدقات كالزكاة وصدقة الفطر والحلق عن الأذى والعشر ، فإنه يشترط فيها التمليك ، وفي صدقة الحلق عن الأذى خلاف بين أبي يوسف ومحمد ، فأبو يوسف يجوز الإباحة ومحمد يشترط فيه التمليك .

ولو كان فيمن عشاهم صبي فطيم لا يجزئه ؛ لأنه لا يستوفيه كاملاً ، ولا بد من الإدام في خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء إلى الشبع ، وفي خبز الحنطة لا يشترط الإدام. وإن أعطى مسكينًا واحدًا ستين يومًا أجزأه ، وإن أعطاه في يوم واحد لم يجزئه إلا عن يومه ؛ لأن المقصود سد خلة المحتاج، والحاجة تتجدد في كل يوم ، فالدفع إليه في اليوم الثاني كالدفع إلى غيره ، وهذا في الإباحة من غير خلاف ، وأما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات فقد قيل لا يجزئه، وقد قيل يجزئه؛ لأن الحاجة إلى

م: (**ولو كان فيمن عشاهم صبي فطيم لا يجزئه**) ش: هذه من مسائل كتاب الأيمان ذكره بسبيل التفريع ، أي ولو كان في المساكين الستين الذين عشاهم صبي فطيم عن اليمين لا يجزئه م: (**لأنه**) ش: أي لأن الصبي الفطيم م: (**لا يستوفيه كاملاً**) ش: لأن تعشيته وتغذيته ناقصة ، فلا تجزئ عن الكامل فإن قيل تجزئ في البالغين قليلاً ما أكلوا أو كثيراً ، فينبغي أن يجزئه في الفطيم ، قيل له صلاحية الأكل التام أقيمت مقام الاكل التام فيهم ، ما نحن فيه بخلافه .

م: (**ولا بد من الإدام في خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء إلى الشبع**) ش: أورد هذا أيضًا على سبيل التفريع ، والادام مما لو قدم به ، وهو الذي يؤكل شبعًا لغيره ، وإنما شرط الإدام في خبز الشعير دون خبز البر ، لأن الفقير لا يستوفي من خبز الشعير حاجته إلا إذا كان مأدومًا كذلك في الذرة والدخن ، بخلاف خبز البر ، فإنه يستوفي منه حاجته ، ولم يكن مأدومًا قال العضدي : وكذلك لو غذاهم أو عشاهم بسويق تمر قالوا هذا في ديارهم، أما في ديارنا فلا بد من الخبز .

م: (**وفي خبز الحنطة لا يشترط الإدام**) ش: لأن إدامته فيها لا سيما إذا كان سنخًا ، وإنما يتوقف أكله على الإدام عند أهل الرفاهية دون المساكين . م: (**وإن أعطى مسكينًا واحداً ستين يومًا أجزأه**) ش: يعنى إذا كانت أكلتين مشبعتين في كل يوم . وروي عن أبي يوسف في غير رواية الأصول أنه لا يجوز ، كذا في شرح الطحاوي ، وبه قال الشافعي وأحمد في الأظهر م: (**وإن أعطاه في يوم واحد لم يجزئه إلا عن يومه ؛لأن المقصود سد خلة المحتاج ، والحاجة تتجدد في كل يوم ، فالدفع إليه في اليوم الثاني كالدفع إلى غيره**) ش: بخلاف ما إذا أعطاه في يوم واحد ، لأن الواجب التفريق على ستين مسكينًا ولم يوجد ذلك لا حقيقة لأنه مسكين واحد ولا حكمًا لعدم تجدد الحاجة ، بخلاف المسألة الأولى ، لأن إطعامه في ستين يومًا كإطعام ستين مسكينًا لما قلنا .

م: (**وهذا في الإباحة من غير خلاف**) ش: أي عدم الإجزاء فيما إذا أعطى كله مسكينًا واحدًا في يوم واحد بطريق الإباحة بلا خلاف ، يعني لا تجزئه إلا بتجدد الأيام ، لأن الواحد لا يستوفي ما يستوفي ستون مسكينًا في يوم واحد . م: (**وأما التمليك**) ش: يعني إذا أعطى الطعام كله مسكينًا واحداً في يوم واحد بطريق التمليك م: (**من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات ، فقد قيل لا يجزئه**) ش: وهو الأصح ، كذا في المحيط لأن المعتبر سد الخلة م: (**وقد قيل: يجزئه ؛ لأن الحاجة إلى**

التمليك، تتجدد في يوم واحد، بخلاف ما إذا دفع بدفعة واحدة، لأن التفريق واجب بالنص. وإن قرب التي ظاهر منها في خلال الإطعام لم يستأنف، لأنه تعالى ما شرط في الإطعام أن يكون قبل المسيس، إلا أنه يمنع من المسيس قبله ؛لأنه ربما يقدر على الإعتاق أو الصوم ؛ فيقعان بعد المسيس. والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه. وإذا أطعم عن ظهارين ستين مسكينًا لكل مسكين صاعًا من بر، لم يجزئه إلا عن واحد منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف-رحمهما الله -، وقال محمد -رحمه الله- : يجزئه عنهما، وإن أطعم ذلك عن إفطار وظهار أجزأه عنهما. له أن بالمؤدى وفاء بهما، والمصروف إليه محل لهما، فيقع عنهما كما لو اختلف السبب أو فرق في الدفع. ولهما أن النية في الجنس الواحد لغو. وفي الجنسين معتبرة،

التمليك تتجدد في يوم واحد، بخلاف ما إذا دفع بدفعة واحدة ؛ لان التفريق واجب بالنص) ش: فإذا جمع لا يجزئه إلا عن واحد كالحاج إذا رمى الحصيات السبع دفعة واحدة، كذا في «المسبوط».

م: (**وإن قرب التي ظاهر منها في خلال الإطعام لم يستأنف ؛ لأنه عز وجل ما شرط في الإطعام أن يكون قبل المسيس**) ش: وبه قال الشافعي وأحمد، لأن مالكًا يستأنف، واعتبر بالصوم م: (**إلا أن يمنع من المسيس قبله**) ش: أي قبل الإطعام م: (**لأنه ربما يقدر على الإعتاق أو الصوم، فيقعان بعد المسيس**) ش: فالمنع لا لمعنى المسيس لتوهم القدرة على الإعتاق فيكون لمعنى في غيره م: (**والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه**) ش: فلا يقتضي الفساد كالبيع وقت النداء والصلاة في الأوقات المكروهة.

م: (**وإذا أطعم عن ظهارين ستين مسكينًا ،كل مسكين صاعًا من بر لم يجزئه إلا عن واحد منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف**) ش: هذا من مسائل الجامع الصغير، وصورتها فيه روى محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يكون عليه طعام مائة وعشرين مسكينًا عن ظهارين، فأطعم ستين مسكينًا لكل مسكين صاعًا من حنطة من ظهارين من امرأة واحدة أو امرأتين لم يجزئه إلا من إحداهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

م: (**وقال محمد يجزئه عنهما**) ش: أي عن ظهارين م: (**وإن أطعم ذلك عن إفطار وظهار أجزأه عنهما**) ش: أي عن الإفطار والظهار بالاعتاق م: (**له**) ش: أي محمد م: (**أن بالمؤدى**) ش: وهو قدر الصياع م: (**وفاء بهما**) ش: أي بكفارتيهما لكل واحد من ستين مسكينًا م: (**والمصروف إليه محل لهما فيقع عنهما**) ش: أي عن الكفارتين م: (**كما لو اختلف السبب**) ش: يعني أطعم ذلك عن إفطار وظهار م: (**أو فرق في الدفع**) ش: بأن أعطى مسكينًا نصف الصاع عن إحدى الكفارتين، ثم أعطى النصف الآخر إياه عن الكفارة الأخرى جاز بالاتفاق. م: (**ولهما**) ش: أي لأبي حنيفة وأبي يوسف م: (**أن النية في الجنس الواحد لغو**) ش: لأن النية للتميز بين الأجناس المختلفة أو لتمييز المشترك ولا يوجد ذلك في الجنس الواحد م: (**وفي الجنسين معتبرة**) ش: ألا ترى

وإذا لغت النية والمؤدى يصلح كفارة واحدة ، لأن نصف الصاع أدنى المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها ، كما إذا نوى أصل الكفارة ، بخلاف ما إذا فرق في الدفع ؛ لأنه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر .ومن وجبت عليه كفارتا ظهار فأعتق رقبتين لا ينوي عن إحداهما بعينها جاز عنهما ، وكذا إذا صام أربعة أشهر أو أطعم مائة وعشرين مسكينًا جاز؛ لأن الجنس متحد ، فلا حاجة إلى نية معينة وإن أعتق عنهما رقبة واحدة أو صام شهرين كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء ، وإن أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما .وقال زفر -رحمه الله-: لا يجزئه عن أحدهما

من كان عليه قضاء أيام من رمضان فنوى صوم القضاء جاز ، ولا يجب فيه نية التعيين ، وفي قضاء رمضان وصوم النذر يفتقر إلى تعيين النية لاختلاف جنسهما .

فإن قيل : لو أعتق عبداً عن أحد الظهارين بعينه صح نية التعيين ولم يجعل لغواً في جنس واحد ، ولهذا حل وطء التي [هي] عينها . قلنا أفاد الحل التي رفع حرمتها بعينها .

فإن قيل : تعلق بنية الظهارين هنا غرض صحيح ، وهو رفع الحرمة عنهما ، فوجب أن يصح . قلنا : إعتاق الرقبة يصلح كفارة عن إحدى الظهارين قدراً ومحلاً فصحت بنيته . فأما إطعام ستين مسكيناً صاعاً إن كان يصلح عن الظهارين قدراً لا يصلح محلاً لهما ، لأن محل الظهارين مائة وعشرون مسكينًا عند عدم التفريق ، فإذا زاد في الوظيفة ونقص عن المحل وجب أن يعتبر قدر المحل احتياطًا ، كما لو أعطى ثلاثين مسكينًا كل واحد صاعًا .

م: **(وإذا لغت النية ، والمؤدى يصلح كفارة واحدة ؛ لأن نصف الصاع أدنى المقادير)** ش: يعني أدنى المقادير م: **(فيمنع النقصان دون الزيادة)** ش: لأن الشيء إذا وجب مطلقًا ، ثم ورد الشرع بالتقدير ، وذلك التقدير لا يمنع الزيادة ، فإذا كان كذلك م: **(فيقع عنها)** ش: أي عن الكفارة الواحدة م: **(كما إذا نوى أصل الكفارة)** ش: فإنه يقع عن إحداهما بالاتفاق م: **(بخلاف ما إذا فرق في الدفع؛ لأنه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر)** ش: هذا جواب عن قول محمداً : أو فرق في الدفع ، حاصله أن قياسه على هذا غير صحيح ، ووجه يظهر عن المتن .

م: **(ومن وجبت عليه كفارتا ظهار فأعتق رقبتين لا ينوي عن إحداهما بعينهما جاز عنهما ، وكذا إذا صام أربعة أشهر، أو أطعم مائة وعشرين مسكينًا جاز ، لأن الجنس متحد ، فلا حاجة إلى نية معينة)** ش: بكسر الباء المشددة م: **(وإن أعتق عنهما رقبة واحدة أو صام شهرين كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء)** ش: هذا جواب الاستحسان ، والقياس أن لا يجوز ، وهو قول زفر ، لخروج الامر من يده .

م: **(وإن أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما . وقال زفر: لا يجزئه عن أحدهما**

في الفصلين . وقـال الشافـعي -رحمه الله- : له أن يجـعل ذلك عن أحدهمـا في الفصلين ؛لأن الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصـود جنس واحد . وجه قول زفر-رحمه الله - أنه أعتق عن كل ظهار نصف العبد ، وليس لـه أن يجعل عن أحدهما بعد ما أعتق عنهـما ؛ لخروج الأمر من يده . ولنا أن نية التعيين في الجنس المتحد لا يفيد فـتلغوا ، وفي الجنس المختلف يفيد ، واختلاف الجنس في الحكم -وهو الكفارة هاهنا- باختلاف السبب، نظير الأول إذا صام يومًا في قضاء رمضان عن يومين يجزئه عن قضاء يوم واحد ، ونظير الثاني إذا كان عليه صوم القضاء والنذر ، فإنه لا بد فيه من التمييز ، والله أعلم .

في الفصلين . وقـال الشافعي: له أن يجـعل ذلك عن أحدهما في الفصـلين ؛ لأن الكفارات كلها باعتـبار اتحاد المقصود جنس واحد) ش: فالنية في الجنس الواحد لا تفيد ، ويبقى نية أصل الكفارة ، وذلك يكفي، فله أن يجعل بعد ذلك عن أيهما شاء . وقـال أبو ثور : يقرع في الظهارين أيهما أصابتها القرعة حل وطؤها م: (**وجـه قول زفـر أنه أعتق عن كل ظهـار نصف العـبد، وليس له أن يجـعل عن أحدهما بعد ما أعـتق عنهما ؛ لخروج الأمر من يده**) ش: بعد ما أعتق، فصار كما إذا أعتق عن ظهار وقتل .

م: (**ولنا أن نية التعيين في الجنس المتحد لا يفيد ، فتلغوا**) ش: أي نيته ، هذا جواب عما يقال : لا نسلم اخـتلاف الجنس ، فإن الحكم وهو الكفـارة هآ هنا بالإعتـاق في القـتل والظهـار واحد، فأجاب بقوله : واختلاف الجنس م: (**وفي الجنس المختلف يفيد**) ش: للتمييز م: (**واختلاف الجنس في الحكم- وهو الكـفـارة ها هنا- باخـتـلاف السـبب**) ش: فإن القـتل يخالف الظهار لا مـحالة ، واختـلاف السبب يدل على اختـلاف الحكم ؛لأن الحكم ملزوم السبب ، واختلاف الملزوم يدل على اختلاف الملزومات ، ولما اختلف الجنس صحت النية ، فكان إعتاق رقبة واحدة عن كفارتين مختلفتين ، فيكون لكل منهما نصف الرقبة ، فلا يجوز . ثم نظر المصنف لكل واحد من الجنس المتحد والمختلف بما ذكره في «الفوائد الظهيرية» .

فقال م: (**نظير الأول**) ش: يعني الجنس المتحد م: (**إذا صام يومًا في قضاء رمضان عن يومين يجزئـه عن قضاء يـوم واحد**) ش: بناء على لغوية التوزيع وبقاء أصل النية ، إذ الجنس متـحد م: (**ونظير الثاني**) ش: يعني الجنس المختلف م: (**إذا كان عليـه صوم القضـاء والنذر ، فإنه لا بد فـيه من التمييز**) ش: فإن نوى من الليل أن يصوم غداً عنهـما كانت النية غير معتبرة ، فلا يصير صائمًا أصلاً إذ الجنس مختلف .

فـإن قيل : إذا نوى ظهرين في يومين فـإنه لا يجـوز عن واحـد وإن اتحد الجنس . قلنا : لا نسلم اتحاد الجنس ، لأنه يختلف باختلاف الخطاب والسبب ، فإن لكل منهما سببا وخطابًا على حدة ، فأما الخطاب فظاهر ، وأما السبب فإن دلوك الشمس في اليوم الثاني غير الأول ، بخلاف

قضاء رمضان ، لأن الخطاب بزمان يجمعها ، وهو الشهر ، ولا يحتاج إلى تعيين يوم السبت والأحد ، حتى إذا كان في قضاء من رمضانين شرط التعيين ، ذكره قاضي خان .

فروع : في «المنتقى» عن أبي يوسف : لو تصدق بدرهم عن يمين وظهار فله أن يجعله عن أحدهما استحسانًا . وفي «جوامع الفقه» ظاهر عن أربع فأعتق عبداً عنهن ، ثم مرض فأطعم ستين مسكينا عنهن جاز استحسانا لاتحاد الجنس ونقصان الهلال لا يمنع ، وفي «الخزانة» صام تسعة وعشرين يومًا بالهلال وصام قبله خمسة عشر يوما جاز .

وقيل : لا يجوز ويجب إتمامه بالعدد . وفي «الإشراف» يجزئه بالأهلة ثمانية وخمسون يومًا ، وبه قال الثوري ومالك وأهل الحجاز والشافعي وأبو ثور وأبو عبيد ، وإن لم يستقل الهلال .

وقال الزهري : يصوم ستين يومًا . وقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن صومه ستين يومًا إن صام بغير الأهلة .

وفي «المنهاج» : يجوز إعتاق عبديه عن كفارته في كل واحد نصف وعندنا لا يجوز ، وإعتاق العبد الحربي في دار الحرب عن الكفارة والعبد المستأمن يجوز خلافًا للأئمة الثلاثة ، ولا يجوز صرف الكفارة إلى فقير أهل الحرب ، وإن كان مستأمنًا ويجوز إلى فقير أهل الذمة ، خلافًا لأبي يوسف والأئمة الثلاثة ، وفقير المسلمين أحب عندنا . ولو قال الآخر : أعتق عبدك عن كفارتي فأعتقه عن كفارته أجزأه ، وعندنا إذا لم يشترط عن عوض لا يقع عن الأمر . وعن أحمد روايتان .

* * *

باب أحكام اللعان

قال : إذا قذف الرجل امـرأته بالزنا وهما من أهل الشهادة ، والمرأة ممن يحد قـاذفها، أو نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان ،

م: (باب أحكام اللعان)

ش: أي هذا باب في بيان أحكام اللعان وهو مصدر من لاعن يلاعن ملاعنة ولعانًا ، وأصله من اللعن ، وهو الإبعاد والطرد في اللغة ، يقال : التعن ، أي لعن نفسه ولاعن إذا لعن غيره ، ورجل لعنة بفتح العين إذا كان كثير اللعن لغيره ولعنه بسكونها إذا لعنه الناس كثيراً ، ومعناه شرعًا عبارة عما يجزئ بين الزوجين من الشهادات الأربع ، واللعن والغضب ، وسمي الكل لعانًا لما فيه من ذكر اللعن كالصلاة تسمى ركوعًا لما فيها من الركوع ، وكالتحيات تسمى تشهداً لما فيها من التشهد وركنه الشهادة المؤكدة باليمين ، وسببه قذف الرجل زوجته قذفًا يوجب الحد في الأجانب، وشرطه قيام النكاح . وحكمه حرمة الوطء بعد التلاعن . وأهله من كان أهلاً للشهادة عندنا حتى لا يجزئ بين مملوكين أو أحدهما صبي أو مملوك .

م: (قال) ش: أي القدوري- رحمه الله تعالى- م: (**إذا قذف الرجل امرأته بالزنا**) ش: سواء في ذلك قوله رأيتك تزنين ، وقوله أنت زانية و يا زانية عند الجمهور ، وبه قال الشافعي وأحمد ومالك في رواية . وفي المشهور عنه لا يجب بقوله : يا زانية أو أنت زانية بل يجب فيه الحد ، وبه قال الليث وعثمان البتي ويحيى بن سعيد م: (**وهما من أهل الشهادة**) ش: يعني من أهل الأداء ، ولهذا لا يجزئ بين مملوكين .

فإن قلت : يجزئ بين الأعميين والفاسقين ، مع أن الشهادة لهؤلاء .

قلت : الأعميان من أهل الشهادة ، وعدم قبول شهادتهما لعدم التمييز بين المشهود له ، وعليه لو قضى القاضي بشهادة الفاسقين جاز . وقال في «النهاية» : ولو قضى القاضي بشهادة هؤلاء جاز .

م: (**والمرأة ممن يحد قاذفها**) ش: حتى لو كانت ممن لا يحد قاذفها بأن تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها أو كان لها ولد وليس له أب معروف لا يجزئ اللعان ، أو زنت في عمرها ولو مرة ، أو وطئت وطئًا حرامًا ولو مرة ، ذكره الأسبيجابي م: (**أو نفى نسب ولدها**) ش: بأن قال : هذا الولد من الزنا ، أو قال : ليس مني قبل الإقرار بالولد . وقيل : مضي التهنئة التي هي قائمة مقام الإقرار ، بخلاف ما إذا نفى الحبل ، حيث لا لعان ولا حد عند أبي حنيفة - رحمه الله - على ما يجيء م: (**وطالبته بموجب القذف**) ش: أي طالبت المرأة زوجها بموجب القذف م: (**فعليه اللعان**) ش: أي فعلى الزوج اللعان ، أي يلاعنها ، وإنما شرطت مطالبتها ، لأنه حقها ، لأنه لبراءة عرضها حيث قذفها بالفجور ، فاشترطت مطالبتها كسائر حقوقها ، حتى لو كانت كفت عن

والأصل أن اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالأيمان ، مقرونة باللعن والغضب ،قائمة مقام حد القذف في حقه ، ومقام حد الزنا في حقها؛ لقوله عز وجل : ﴿ ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم﴾ (النور الآية : ٦)، والاستثناء إنما يكون من الجنس ، وقال الله تعالى : ﴿ فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله﴾ (النورالآية : ٦) نص على الشهادة واليمين ، فقلنا : الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين

مدافعته ، فهي امرأته .

م: (**والأصل أن اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالأيمان**) ش: إنما قال : عندنا ، لأن عند الشافعي أيمان مؤكدات بلفظ الشهادة ، حتى أن عند أهل اللعان من كان أهلاً للشهادة، وعنده من كان أهلاً لليمين ، فلا يجري اللعان إلا بين زوجين مسلمين حرين عاقلين بالغين غير محدودين في القذف عندنا وعنده يجري بين المسلم وامرأته الكتابية ، وبين الكافر وامرأته وبين العبد وامرأته، وبقول الشافعي قال مالك وأحمد في رواية كقولنا م: (**مقرونة باللعن والغضب**) ش: صفة لما قبله ، وهذا المجموع هو اللعان، وهو ركن اللعان م: (**قائمة**) ش: أي اللعان قائمة إنما أنثه باعتبار الملاعنة أو باعتبار أنه شهادات إلى آخره م: (**مقام حد القذف من حقه**) ش: أي في حق الزوج ، ولهذا يشترط كونها ممن يحد قاذفها ولا تقبل شهادته بعد اللعان أبداً .

م: (**ومقام حد الزنا في حقها**) ش: أي في حق الزوجة ، ولهذا لو قذفها مراراً يكفي لعانًا واحداً كالحد م: (**لقوله عز وجل :﴿ ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ﴾**) (**النور: الآية ٦**) ش: وجه الاستدلال أن الله تعالى قال ﴿ **والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم** ﴾ (النور : الآية ٦) ، واستثناء الأزواج من الشهداء م: (**والاستثناء إنما يكون من الجنس**) ش: هذا هو الأصل، ولا شهداء إلا بالشهادة، ولا شهادة فيما نحن فيه إلا كلمات اللعان ، فدل أنها شهادات أكدت بالأيمان نفيًا للتهمة .

م: (**وقال الله تعالى: ﴿ فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله ﴾**) (**النور : الآيه ٦**) **نص على الشهادة واليمين ، فقلنا: الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين**) ش: لأن الحاجة هاهنا إلى إيجاب الحكم في الطرفين ، والذي يصلح لإيجاب الحكم الشهادة دون اليمين ، إلا أنها مؤكدة باليمين ، لأن يشهد لنفسه ، التأكيد باليمين لا يخرجه من أن يكون شهادة . فقلنا الركن الشهادة المؤكدة باليمين عملاً بحقيقة لفظ القرآن والسنة على ما يأتي .

وقال الماوردي في «الحاوي » : وتأويل أبي خطأ ، لأن شهادة المرء على نفسه غير مقبولة [بل] فاسدة، لأن من قال بحقيقة لفظ الشهادة المذكورة في القرآن والحديث لم يكن قوله تأويلاً ، بل التأويل قول من ترك حقيقة اللفظ بالإشهاد الفاسد وتعطيل القرآن بالحديث .

ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبًا ، وهو قائم مقام حد القذف ، وفي جانبها بالغضب، وهو قائم مقام حد الزنا.

وأما شهادته لنفسه فغير مقبولة لمكان التهمة ، لا لأنه لا يصلح للشهادة ، ألا ترى إلى قوله عز وجل ﴿ شهد الله ﴾ ... الآية ، وكان من أصدق الشهادات لانتفاء التهمة والتهمة فيما نحن فيه منتفية باليمين ، مع أنها بإذن الله تعالى أو شرع رسوله عليه السلام ، وأما تكرار الشهادة لقيامها مقام أربع شهادات ، فإن الواجب عليه إقامة أربع شهادات من شهود أربعة ، وقد عجز عن إقامة شهود أربعة ، ولم يعجز عن إقامة أربع شهادات فما عجز عنه .

م: (**ثم قرن الركن**) ش: هو الشهادة م: (**في جانبه**) ش: أي في جانب الزوج م: (**باللعن لو كان كاذبًا**) ش: تأكيداً م: (**وهو قائم مقام حد القذف**) ش: ولهذا لا يثبت بالشهادة على الشهادة ، ولا بشهادة النساء ، وكتاب القاضي إلى القاضي م: (**وفي جانبها**) ش: أي وفي جانب الزوجة م: (**بالغضب**) ش: أي قرن الشهادة بالغضب ، وإنما خص الغضب في جانبها في المرة الخامسة لأنهن يستعملن اللعن كثيراً في البيوت على ما جاء في الحديث : أنهن يكثرن اللعن ، ويكفرن العشير ، وسقطت حرمة اللعن عند أعينهن فيجرين على الأقدام عليه لكثرة حربه ، فأقيم الغضب مقامه في حقهن ليكون أدعى لهن عن الإقدام ، وإنما أفردت الخامسة بالغضب لأنها ليست من جنس الشهادة لعدم ذكر الشهادة فيها م: (**وهو قائم مقام حد الزنا**) ش: ولهن لو قذفها مراراً يكفي لعان واحد كالحد .

فإن قيل ما معنى إقامة الشهادة مقام الحد في الطرفين ، وهنا المناسبة بين الحد والشهادة ؟ أجيب بأن الحد زاجر ، والاستشهاد بالله تعالى كاذبًا مقرونًا باللعن على نفسه سبب الهلاك ، وفي ذلك زجر عن الإقدام على سببه .

فإن قيل : لو كان اللعان قائماً في حقه مقام حد القذف لجرى كجر ى كجريانه في الاتحاد والتعدد ، وليس كذلك ، فإن من قذف أربع نسوة له في كلمة واحدة ، وفي كلام متفرق فعليه أن يلاعن عن كل واحدة منهن على حدة ، وإن قذف أجنبيات فإنه يقام عليه حد القذف لهذا مرة واحدة . أجيب : بأن اللعان قائم في حقه مقام امرأته لا مطلقًا ، لأنه صار بدلاً عما كان يلزمه في الابتداء بقذفها ، فلا يرد عليه الأجنبيات ، على أن ذلك لاختلاف المقصود ، فإن المقصود هنا وقع عار الزنا عنهن ، وذلك يحصل بإقامة حد واحد ، وهنا لا يحصل المقصود بلعان واحد تعذر الجمع بينهن بكلمات اللعان ، فقد يكون صادقًا في حق بعض دون بعض ، والمقصود التفريق بينه وبينهن ، ولا يحصل ذلك بلعان بعضهن ، فيلاعن كلاً منهن ، حتى لو كان محدوداً في قذف كان عليه لهن حد واحد ، لأن موجب قذفهن الحد حينئذ ، والمقصود يحصل بحد واحد كما في الأجنبيات .

إذا ثبت هذا نقول لا بد أن يكونا من أهل الشهادة ؛ لأن الركن فيه الشهادة ، ولا بد أن تكون هي ممن يحد قاذفها لأنه قائم في حقه مقام حد القذف ، فلابد من إحصانها ، ويجب بنفي الولد ؛ لأنه لما نفى ولدها صار قاذفًا لها ظاهرًا ، ولا يعتبر احتمال أن يكون الولد من غيره بالوطء عن شبهة ، كما إذا نفى أجنبي نسبه عن أبيه المعروف وهذا لأن الأصل في النسب هو الصحيح ، والفاسد ملحق به، فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به ،ويشترط طلبها لأنه حقها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق .فإن امتنع عنه

م: (**إذا ثبت هذا**) ش: يعني إذا ثبت أن الأصل أن اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالأيمان م: (**نقول لابد أن يكون من أهل الشهادة ، لأن الركن فيه**) ش: أي في اللعان م: (**الشهادة ، ولا بد أن تكون هي**) ش: أي المرأة م: (**ممن يحد قاذفها**) ش: حتى لو كان من أهل الشهادة والمرأة ممن لا يحد قاذفها ، بأن كان معها ولد لأب له معروف لا يجب اللعان م: (**لأنه**) ش: أي لأن اللعان م: (**قائم في حقه مقام حد القذف ، فلا بد من إحصانها**) ش: أي إحصان المرأة م: (**ويجب بنفي الولد**)ش: أي يجب اللعان إذا نفى ولده بأن قال هذا الولد من الزنا ، وقد مضى الكلام فيه عن قريب م: (**لأنه لما نفى ولدها صار قاذفًا ظاهرًا**) ش: كما إذا نفى أجنبي نسب ولد عن أبيه المعروف ، فإنه يكون قذفًا للمرأة ، وكذلك هذا.

م: (**ولا يعتبر احتمال أن يكون الولد من غيره بالوطء عن شبهة ، كما إذا نفى أجنبي نسبه**) ش: أي بنسب الولد م: (**عن أبيه المعروف**) ش: فإنه التباس قذف صريح م: (**وهذا**) ش: إشارة إلى قوله، ولا يعتبر احتمال أن يكون الولد من غيره م: (**لأن الأصل في النسب الصحيح**) ش: أي الفراش الصحيح م: (**والفاسد ملحق به ، فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به**) ش: وفي «المبسوط » : الولد من الوطء بشبهة ثابتة بالنسب عن النسيان ، والذي لا يكون ثابت النسب عن أحد يكون من الزنا ولا نسب لها الولد إلا منه . فإذا نفاه فقد زعم أن لا نسب له ، فيكون قاذفًا بالزنا . وقال الشافعي : لا يصير قاذفًا بالنفي ما لم يقل إنه من الزنا ، لجواز أن يكون من الوطء بشبهة ، كما قال لأجنبية ليس هذا الولد من زوجك ، والقياس ما قاله ، إلا أنا تركناه بالضرورة ، لأن الزوج قد يعلم أن الولد ليس منه بأن لم يطأها وعزلها عزلاً بينًا، فاكتفى بنفي الولد ، حتى ينتفي منه نسب الولد ، وهذه الصورة معدومة في حق الأجنبي . قيل ذكر في «جوامع الفقه» وغيره : لو قال وجدت معها رجلاً يجامعها ليس بقذف لها ، لأنه يحتمل الحل والجماع بشبهة ، والنكاح الفاسد ، فكان ينبغي أن يكون كذلك هنا ، لأنه [. . .] بالزنا . أجيب عنه جعلناه كالصريح بالزنا بالضرورة كما بينا .

م: (**ويشترط طلبها**) ش: أي طلب المرأة بموجب القذف م: (**لأنه حقها ، فلا بد من طلبها كسائر الحقوق**) ش: لأنه باللعان يندفع عنه عار الزنا ، وبه قالت الثلاثة م: (**فإن امتنع عنه**) ش: أي

حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيحد لأنه حق مستحق عليه ، وهو قادر على إيفائه ، فيحبس به حتى يأتي بما هو عليه أو يكذبه نفسه ليرتفع السبب . ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص إلا أنه يبتدأ بالزوج ؛ لأنه هو المدعي . فإن امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن أو تصدقه ؛ لأنه حق مستحق عليها ، وهي قادرة على إيفائه فتحبس فيه . وإذا كان الزوج عبداً أو كافراً أو محدوداً في قذف فقذف امرأته فعليه الحد ؛ لأنه تعذر اللعان لمعنى من جهته، فيصار إلى الموجب الأصلي ، وهو الثابت بقوله تعالى : ﴿ والذين يرمون المحصنات ﴾الآية. (الآية: ٤ النور)، واللعان خلف عنه .

عن اللعان م: (**حبسه الحاكم حتى يلاعن**) ش: وهذا عندنا . وقال الشافعي ومالك وأحمد يقام عليه حد القذف بناء على أن موجب القذف عندهم الحد ، وعندنا اللعان م: (**ويكذب نفسه فيحد ، لأنه حق مستحق عليه**) ش: أي على الزوج م: (**وهو قادر على إيفائه**) ش: قال الأكمل : قيل هذا احتراز عن المديون المفلس ، فإن الدَّين مستحق ، ولكنه غير قادر على إيفائه فلا يحبس . قلت: القائل بهذا «الكافي» ، فإنه هكذا شرح هذا الموضع م: (**فيحبس فيه ، حتى يأتي بما هو عليه أو يكذب نفسه**) ش: فإذا كذب نفسه فحينئذ يجب عليه حد القذف م: (**ليرتفع السبب**) ش: أي سبب اللعان ، أي علته وهو التكاذب ، لأن اللعان إنما يجب إذا كذب كل واحد منهما الآخر فيما يدعيه ، حتى لو كذب نفسه لا يجب اللعان ، وفي بعض النسخ ليرتفع الشين ، أي العار بالتكاذب ، وهو بفتح الشين المعجمة وسكون الياء آخر الحروف وبالنون .

م: (**ولو لاعن**) ش: أي الزوج م: (**وجب عليها اللعان لما تلونا من النص**) ش: وهو قوله عز وجل ﴿ **فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله** ﴾ (النور : الآيه ٦) م: (**إلا أنه يبتدئ بالزوج ، لأنه هو المدعي**) ش: بناء على أن اللعان شهادات ، والمطالب بها هو المدعي و الاستثناء بمعنى لكن ، كأنه استشعر أن يقال المتلو من النص لا يدل على المبدوء به ، فقال إلا أنه يبدأ به . م: (**فإن امتنعت حبسها الحاكم ، حتى تلاعن أو تصدقه**) ش: أي تصدق الزوج م: (**لأنه حق مستحق عليها، وهي قادرة على إيفائه فتحبس فيه**) ش: وقال الشافعي ومالك : لا تحبس بل ترجم للزنا بعد الدخول بها ، ولأحمد في حبسها روايتان .

م: (**وإذا كان الزوج عبداً أو كافرا أو محدوداً في قذف فقذف امرأته فعليه الحد**) ش: صورة ما إذا كان الزوج كافراً والمرأة مسلمة بأن كان الزوجان كافرين فأسلمت المرأة فقذفها الزوج قبل عرض الإسلام عليه م: (**لأنه تعذر اللعان لمعنى من جهته**) ش: وهو كونه ليس من أهل الشهادة م: (**فيصار إلى الموجب الأصلي**) ش: وهو حد القذف م: (**وهو الثابت بقوله تعالى:﴿والذين يرمون المحصنات﴾الآية**) (**النور : الآية ٤**) م : (**واللعان خلف عنه**) ش: فإنه كان هو المشروع أولاً ، ثم صار اللعان خلافًا عنه في الزوج عند وجود الشرط ، فإذا عدمت صير إلى الأصل .

وإن كان من أهل الشهادة وهي أمة أو كافرة أو محدودة في قذف ، أو كانت ممن لا يحد قاذفها ، بأن كانت صبية،أو مجنونة، أو زانية ؛فلا حد عليه ولا لعان ؛لانعدام أهلية الشهادة وعدم الإحصان في جانبها، وامتناع اللعان لمعنى من جهتها فيسقط الحد كما إذا صدقته والأصل في ذلك قوله عليه السلام : أربعة لا لعان بينهم وبين أزواجهم: اليهودية، والنصرانية تحت المسلم،والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك

م: (وإن كان من أهل الشهادة وهي أمة) ش: أي والحال أن المرأة أمته م: (أو كافرة أو محدودة في قذف أو كانت ممن لا يحد قاذفها بأن كانت صبية أو مجنونة أو زانية) ش: أي وكان ظهور زناها بين الناس كذلك ، أو تزوجها بنكاح فاسد أو ولدها من غير أب معروف م : (فلا حد عليه ولا لعان) ش: هذا من مسائل القدوري - رحمه الله تعالى- إلا أن قوله - بأن كانت صبية أو مجنونة أو زانية - فإنه تفسير من المصنف م: (لانعدام أهلية الشهادة وعدم الإحصان في جانبها) ش: أي في جانب المرأة م: (وامتناع اللعان لمعنى في جهتها) ش: أي لأجل امتناع وجوب اللعان لعلة في جهة المرأة فإذا كان كذلك م: (فيسقط الحد كما إذا صدقته) ش: أي المرأة أي كما يسقط الحد إذا صدقت المرأة زوجها لأن سقوط اللعان يكون من جهتها وبقولنا قال الشعبي والزهري وحماد ومكحول وعطاء وأحمد في رواية وفي ظاهر مذهبه من كان أهلاً لليمين فهو أهل للعان ، كما قال الشافعي ومالك .

م: (والأصل في ذلك) ش: أي في الذي ذكر من البيان م: (قوله عليه السلام) ش: أي قول النبي ﷺ : م: (أربعة لا لعان بينهم وبين أزواجهم :اليهودية والنصرانية تحت المسلم ، والمملوكة تحت الحر، والحرة تحت المملوك والمحدود في قذف مع امرأته) ش[1]:أقول : ونذكر أولاً ما ذكره الشراح هنا ، حتى يعرف القصد والتقليد في أمثاله . فقال الأترازي : هذا الحديث لم نجد له أصلاً في كتب الحديث «كالموطأ» و«صحيح» البخاري و«سنن» أبي داود و«جامع» الترمذي وغير ذلك ، إلا أن أبا بكر الرازي ذكره في شرحه «لمختصر الطحاوي» بإسناده عن عبد الباقي عن نافع عن أبي عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال : «أربع ليس بينهن ملاعنة اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر ، والحرة تحت المملوك »، انتهى .

---

(١) أخرجه ابن ماجة (٢٠٧١) من طريق ابن عطاء عن أبيه عطاء الخراساني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً . وأخرجه الدارقطني (٣/ ١٦٣) من طريق عثمان بن عبد الرحمن الوقاصي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . وأخرجه أيضاً من طريق ابن عطاء عن عطاء عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ثم قال : هذا عثمان بن عطاء الخراساني وهو ضعيف الحديث جداً ، وتابعه يزيد بن زريع عن عطاء وهو ضعيف أيضاً ، وعثمان بن عبد الرحمن الوقاصي الذي في الإسناد الثاني ، قال فيه الدارقطني : متروك .

قلت : وقد رواه الأئمة أمثال ابن جريج والأوزاعي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده موقوفاً وهذا هو الأصح والله أعلم .

....

قال الأكمل : قيل هذا الحديث لم يوجد له أصل في كتب الحديث ، لكن أبا بكر الرازي ذكر في شرحه «مختصر الكرخي» بإسناده عن عبد الباقي أبي عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ ، قيل : كفى بأبي بكر الرازي العدالة والفقه والضبط مقتدى، انتهى .

وقال الكاكي بعد أن ذكر الحديث : رواه الشيخ أبو بكر الرازي والدارقطني وفيه : «وليس بين المملوكين ولا الكافرين لعان »، ذكره أبو عمر بن عبد البر أيضًا وضعفه ، ورواه الدارقطني من طرق ثلاث وضعفه ، والضعيف إذا روي من طريق يحتج به على ما عرف ، انتهى .

فنقول قال الأترازي : هذا الحديث لم نجد له أصلاً . . . إلى آخره غير صحيح، لأن ابن ماجة والدارقطني وعبد الباقي بن قانع ، ذكره فعرفت أنه من المقلدين المقصرين. وقول الأكمل قيل في الموضعين يدل على أنه من المقلدين المقصرين . وأما قول الكاكي فقريب من التوجيه ، ولكنه لم يحرره كما ينبغي .

قال الشيخ جمال الدين الزيلعي في تخريج أحاديث الهداية بعد أن ذكر الحديث المذكور : أخرجه ابن ماجه في «سننه» عن ابن عطاء عن أبيه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال : أربعة من النساء لا ملاعنة بينهن النصرانية تحت المسلم، واليهودية تحت المسلم، والمملوكة تحت الحر، والحرة تحت المملوك، هذا لفظ ابن ماجة وأخرجه الدارقطني في «سننه» عن عثمان بن عبد الرحمن الوقاصي عن عمرو بن شعيب وقال عن جده عبد الله بن عمرو موقوفًا : أربعة ليس بينهم لعان ليس ببين الحر والأمة لعان ، وليس بين الحرة والعبد لعان ، وليس بين المسلم واليهودية لعان، وليس بين المسلم والنصرانية لعان.

وقال الدارقطني : الوقاصي متروك الحديث ، ثم أخرج عن عثمان بن عطاء الخراساني عن أبيه عن عمرو به . قال : وعثمان بن عطاء الخراساني ضعيف الحديث جداً ، وتابعه يزيد بن زريع عن عطاء وهو ضعيف أيضًا . وروي عن الأوزاعي وابن جريج وهما إمامان عن عمرو بن شعيب عن جده انتهى .

قلت: عطاء هذا وثقه ابن معين وأبو حاتم وغيرهما ، واحتج به مسلم في صحيحه وابنه عثمان ، ذكره ابن أبي حاتم في كتابه وقال : سألت عنه أبي فقال : يكتب حديثه ثم ذكر عن أبيه سألت دحيمًا عنه فقال: لا بأس به . فقلت إن أصحابه يضعفونه، فقال : وأي شيء حديث عثمان في الحديث ، واستحسن حديثه وعثمان بن عبد الرحمن بن عمرو بن سعد بن أبي وقاص أبو عمرو الوقاصي المالكي قال ابن الجوزي : إنما قيل له المالكي لأن سعداً هو ابن مالك . قلنا هو أبو وقاص ، فلذلك نسب إليه وكان هو ضعيفًا ، فقد أخرج الحديث أيضًا عن عمرو بن شعيب غيره.

ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد؛ لأن اللعان من جهته إذ هو ليس من أهله . وصفة اللعان أن يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد أربع شهادات،

وروى الذهبي في المتن الأحاديث منها ما رواه عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة مرفوعًا : الكذب يقصر الرزق ، والدعاء يرد القضاء نافذ ولله في خلقه قضاء يحدث .

وقال البيهقي : قال الشافعي : قالوا روي عن عمرو بن شعيب عن عبد الله بن عمرو عن النبي ﷺ قال : « أربع لا لعان بينهن . . . »الحديث . قلنا : رويتم هذا عن رجل مجهول ورجل غلط ، وعمرو بن شعيب عن عبد الله بن عمرو منقطع . **قلت** : لم يسم الشافعي المجهول ولا الذي غلط ولا بينهما .

وقال : روى هذا الحديث عبد الباقي بن قانع وعيسى بن أبان من حديث حماد بن خالد الخياط عن معاوية بن صالح عن صدقة بن أبي ثوبة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ ، وحماد ومعاوية من رجال مسلم ، وصدقة ذكره ابن حبان في كتاب التابعين ، قال : وروى عنه معاوية بن صالح ، ذكره ابن أبي حاتم في كتابه ، وقال : روى عنه الوليد وعبيد الله بن موسى ، وهذا يخرجه عن جهالة العين والحال .

وقول الشافعي رجل غلط قال الشيخ علاء الدين في الجوهر النقي : أظنه أراد به عمرو بن شعيب وهو ثقة ، وقد عمل العلماء بحديثه وعمل به الشافعي في مواضع والبيهقي . وقد خالف الشافعي في قوله إن الحديث منقطع وأثبت اتصاله ،وقد تبين بما قلنا أن إسناد الحديث جيد ، فلا نسلم قول البيهقي ، ولم ينسلخ بيانه إلى عمرو .

م: (**ولو كانا**) ش: أي الزوجان م: (**محدودين في قذف فعليه الحد لأن امتناع اللعان لمعنى من جهته ، إذ هو ليس من أهله**) ش: هذه من مسائل الأصل ذكرها المصنف على سبيل التفريع ، قوله لمعنى من جهته هو كونه ليس من أهل الشهادة .

فإن قلت: هلا اعتبر جانبها وهي أيضًا محدودة في القذف ذي الحد .

قلت : المانع من الشيء إنما يعتبر مانعًا إذا وجد المقتضى ، لأنه عبارة عما ينتفى به الحكم مع قيام مقتضاه ، وهنا المانع هو الرجل لكونه الأصل فيه ، وإنما يعتبر أهلية المرأة فيه إذا وجدت أهلية الرجل ، فإذا لم توجد أهلية الرجل لا يعتبر بحالها في اللعان كالعبد يقذف امرأته المحدودة العفيفة الحرة البالغة ، حيث يجب عليه الحد .

م: (**قال : وصفة اللعان**) ش: أي قال القدوري رحمه الله تعالى وصفة اللعان م: (**أن يبتدئ القاضي بالزوج**) ش: أي يقيم القاضي الزوج بين يديه ويأمره م: (**فيشهد أربع شهادات**) ش: من

يقول في كل مرة :أشـهد بالله إني لمن الصادقين فيمـا رميتها به من الزنا، ويقول في الخـامسة لعنة الله عليه إن كان من الكـاذبين فيما رماها به من الزنا ،يشير إليها في جميـع ذلك ، ثم تشهد المرأة أربع مـرات ،تقول في كل مـرة أشهـد بالله إنه لمن الكاذبين فـيمـا رماني به من الزنا ، وتقـول في الخامسة غضب اللـه عليها إن كان من الصادقين فيما رمـاني به من الزنا .والأصل فيه ما تلونا من النص ، وروى الحسن عن أبي حنيـفة -رحمه الله -أنه يأتي بلفظ المواجـهة يقول فيمـا رميتك به من الزنا لأنه أقطع للاحتـمال وجه ما ذكر في الكتـاب أن لفظة المغايبة إذا انضمت إليـها الإشارة انقطع الاحتمال .

الإشهاد بنصب الدال عطفًا على قوله أن يبتدئ . واعلم أنها إذا خاصمت إلى القاضي فينبغي أن يقول لها اتركي وانصرفي ، ولو تركت وانصرفت ثم خاصمت بعد ذلك ثانيًا جاز ، لأن العفو عن القذف باطل ، فإذا اختصمت وأنكر الزوج فعليها أن تقيم شاهدين عدلين، ولو أقامت رجلاً وامرأتين لم يقبل .ولو أقامت شاهدين ثم أن الرجل أقام رجلاً وامرأتين على تصديقها سقط اللعان و لا حد . ولو لم يكن لها بينة فأرادت أن تخلف الزوج على القذف ليس لها ذلك ، فإن أقر الزوج بأنه قذفها بالزنا سئل البينة ، فإن شهد أربعة أنهم رأوا كالميل في المكحلة ، والقلم في المحبرة ينظر إن كانت امرأة محصنة رجمت ، وإن كانت غير محصنة جلدت . ولو لم يكن له بينة وجب اللعان إذا اجتمعت الشرائط . وقال في الأصل : يقول له القاضي قم فالتعن فيقوم .

ثم م: (**يقول في كل مرة أشهد بالله إني لمن الصادقين فيمـا رميتها به من الزنا ، ويقول في الخامسة: لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ، يشير إليها في جميع ذلك . ثم تشهد المرأة أربع مرات تقول في كل مـرة :أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيـما رماني به من الزنا، وتقول في الخامـسة :غضب الله عليهـا إن كان من الصادقين فيمـا رماني به من الزنا**) ش: وإذا كـان القـذف بنفي الولد تقـول المرأة في كل مرة فيما رماني به من الزنا في نفي الولد .

م: (**والأصل فيه**) ش: أي في اللعان على هذه الصورة م: (**ما تلونا من النص**) ش: وهو فيما مضى بقوله تعالى ﴿ **ولـم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فـشهادة أحدهم أربع شهادات** ﴾ إلى قوله ﴿ **إن كان من الصادقين** ﴾ (النور : الآية٦) م: (**وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يأتي بلفظ المواجهة**) ش: أي المخاطبة م: (**يقول فيما رميتك به من الزنا ؛ لأنه أقطع للاحتمال**) ش: لأن هاء الغيبة محتملة فكانت المخاطبـة أرفع للاحتـمال ، وبه قال زفر ، كذا ذكره في «شرح الأقطع» .م: (**وجـه ما ذكـره في الكتاب**) ش: أي القدوري م: (**أن لفظ المغايبة إذا انضمت إليهـا الإشارة انقطع الاحتمال**) ش: لأنه يجتمع فيه أداتا تعريف فهو أولى . وفي «تنبيه الشافعية» يسميها إن كانت غائبة ويشير إليها إن كانت حاضرة . وقيل يجمع بينهما ، وأنكره السرخسي فقال لا معنى لذكر الاسم والنسب مع الحضرة . وفي «المنهاج» : لو بدل الشهادة بحلف ونحوه أو الغضب يلغيها أو على العكس ، قبل تمام الشهادات لم يصح على الأصح .

قال : فإذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي بينهما ، وقال زفر: تقع بتلاعنهما؛ لأنه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث . ولنا أن ثبوت الحرمة يفوت الإمساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالإحسان، فإذا امتنع ناب القاضي منابه دفعًا للظلم دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي عليه السلام : كذبت عليها يا رسول الله ، فقال له : «أمسكها» ، فقال : إن أمسكتها فهي طالق ثلاثًا. قاله بعد اللعان .

م: (قال) ش: أي القدوري رحمه الله م: (**فإذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي بينهما**) ش: تكون الزوجية قائمة ويقع ظهاره وطلاقة ويجري التوارث بينهما إذا مات أحدهما عندنا ، كذا في شرح الطحاوي م: (**وقال زفر: تقع**) ش: أي الفرقة م: (**بتلاعنهما**) ش: وهو المشهور من مذهب مالك وأصحابه ، وبه قال أبو ثور وأبو عبيد في رواية داود ، وهو مروي عن ابن عباس . قال الشافعي : يقع بلعانه كما إذا ارتد أحد الزوجين . وقال أبو بكر الرازي : قول الشافعي خارج لا سلف له فيه ، قيل ليس كذلك ، لأنه ذكر في المقدمات أنه ظاهر قول مالك وعبد الله بن عمرو بن العاص . وقال ابن حزم في «المحلى» : قول الشافعي قول لا برهان عليه . وقال عثمان البتي وجماعة من أهل البصرة : لا يتعلق باللعان فرقة بحال ، وهو خلاف السنة والحديث .

م: (**لأنه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث**) ش: قال الأكمل والكاكي : أراد بالحديث قوله ﷺ: «**المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبداً**»[1] ، نفي الاجتماع بعد التلاعن ، وهو تنصيص على نفي الفرقة بالتلاعن ، وقال الأترازي : ولزفر قول الصحابة : المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا . **قلت** : الصواب مع الأترازي أنه لم يرو مرفوعًا ، إنما روي موقوفًا على جماعة من الصحابة من ذلك ما رواه أبو داود من حديث ابن شهاب عن سهل بن سعد - رضي الله تعالى عنه - في هذا الخبر ، قال فطلقها ثلاث تطليقات فأنفذه رسول الله ﷺ فمضت السنة بعد في المتلاعنين إذا افترقا لا يجتمعان أبداً . وروى عبد الرزاق في مصنفه : المتلاعنان لا يجتمعان أبداً موقوفًا على عمر وابن مسعود - رضي الله عنهم - م: (**ولنا أن ثبوت الحرمة يفوت الإمساك بالمعروف ، فيلزمه التسريح بالإحسان ، فإذا امتنع ناب القاضي منابه دفعًا للظلم**) .

م: (قال) ش: المصنف - رحمه الله تعالى - م: (**دل عليه**) ش: أي دل على عدم وقوع الفرقة م: (**قول ذلك الملاعن عند النبي ﷺ كذبت عليها يا رسول الله، إن أمسكتها فهي طالق ثلاثًا ، قاله بعد اللعان**) ش: وأراد بالملاعن عويمر العجلاني . وجه الاستدلال أنه قال : كذبت عليها عند

---

(١) رواه أبو داود في اللعان (٢٢٥٠) من حديث سهل بن سعد وفيه عياض بن عبد الله الفهري وفيه لين .
وأخرجه أيضًا من طريق سفيان عن الزهري عن سهل بن سعد .
وأخرجهما الدارقطني (٢/ ٤٠٦) من طريق فروة بن أبي المغراء ثنا أبو معاوية عن محمد بن زيد عن سعيد بن جبير عن ابن عمر . . . مرفوعاً .
قلت : وهذا إسناد حسن . وروي موقوفاً على عمر وابن مسعود وعلي وابن عمر .

وتكون الفرقة تطليقة بائنة، عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله-، لأن فعل القاضي انتسب إليه كما في العنين .

النبي ﷺ . . إلى آخره ، ولم ينكر عليه النبي ﷺ ، ولو وقعت بينهما بمجرد التلاعن لأنكر رسول الله ﷺ، فإن قيل : قد أنكر عليه بقوله : «اذهب فلا سبيل لك عليها» .

أجيب : بأن ذلك ينصرف إلى طلبه رد المهر ، فإنه روي أنه قال : إذا كنت صادقًا فهو لها بما استحللت من فرجها ، وإن كنت كاذبًا فلا سبيل لك عليها ، والتركيب المذكور قلق جداً ، حتى في بعض النسخ دل عليه قوله ﷺ لذلك الملاعن : « إن أمسكتها فهي طالق ثلاثًا » ، قاله بعد اللعان ، أي بعد وقوع اللعان وبين النسختين فرق لا يخفى . ولو ذكر الحديث ثم بين وجه الاستدلال لكان أحسن وأوضح .

والحديث رواه مالك في « الموطأ» عن ابن شهاب عن ابن المسيب أن سهل بن سعد الساعدي أخبره أن عويمرًا العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري ، فقال له : يا عاصم أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً يقتله فتقتلونه أم كيف يفعل ؟ سل لي عن ذلك رسول الله ﷺ ، فلما رجع عاصم إلى أهله جاء عويمر فقال : يا عاصم ماذا قال رسول الله ﷺ ، فقال له عاصم : ما كنت لتأتيني بخبر قد كره رسول ﷺ المسألة التي سألته عنها ، قال : والله لا أنتهي ، حتى آتي رسول الله ﷺ وأسأله عنها فأتى عويمر النبي ﷺ وسط الناس فقال : يا رسول الله ﷺ رأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل ، فقال رسول الله ﷺ : «قد أنزل الله تعالى فيك وفي صاحبتك ، اذهب فأت بها» ، قال سهل : فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ ، فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر : كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقها ثلاثًا قبل أن يأمره رسول الله ﷺ .

قال ابن شهاب : فكانت تلك سنة الملاعنين ، ورواه البخاري في «صحيحه» عن إسماعيل عن مالك عن ابن شهاب ، ورواه مسلم أيضًا وأبو داود . وفي رواية عويمر بن أشقر . وقلنا حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أيضًا أنه عليه السلام لاعن بين رجل وامرأته ألحق الولد بأمه ، ذكره في « الصحيحين » . وعن سهل بن سعد شهدت المتلاعنين على عهد رسول الله ﷺ وأنا ابن خمس عشر سنين فرق بينهما حين تلاعنا ، فهذه الأحاديث الصحاح كلها تدل على عدم وقوع الفرقة بتمام تلاعنهما حتى يفرق بينهما ، وكذا إيقاع الطلاق الثلاث ، ولم يرد في حديث أنه عليه السلام فرق بينهما قبل لعان المرأة بعد لعان الرجل ، قال الطحاوي : قول الشافعي خلاف القرآن والحديث ، وينبغي على قوله أنه لا تلاعن المرأة أصلاً ، لأنها ليست زوجة عند لعانها .

م: **(وتكون الفرقة)** ش: أي الفرقة الحاصلة بالتلاعن م: **(تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأن فعل القاضي انتسب إليه)** ش: للنيابة عنه م: **(كما في العنين)** ش: حيث

وهو خاطب إذا أكذب نفسه ، عندهما ، وقال أبو يوسف-رحمه الله- : هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام:« المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا» نص على التأبيد .ولهما أن الإكذاب رجوع، والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ، ولا ويجتمعان ما داما متلاعنين ، ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الإكذاب فيجتمعان ، ولو كان القذف بنفي الولد نفى القاضي نسبه وألحقه بأمه

يؤجله القاضي سنة ، فإن وصل إليها وإلا فرق القاضي بينهما إذا طلبت المرأة الفرقة ، والفرقة بالطلاق لا تتأبد ، غير أنها بائنة ، لأن المقصود دفع الظلم عنها فلا يحصل ذلك إلا بالبائن ، وهما يحتجان أيضًا بما روى مسلم عن إبراهيم النخعي أنه قال : اللعان تطليقة بائنة ، ولأن الثابت بالنص اللعان ، فلو أثبت الحرمة[المؤبدة] لزم الزيادة على النص، وذلك لا يجوز ، لأنه نسخ .

م: (**وهو خاطب إذا أكذب نفسه**) ش: هذه مسألة مبتدأة ، أي هذا الرجل بعد الإكذاب صار خاطبًا من الخطاب ، أي يجوز له أن يتزوجها كما لغيره يجوز أن يتزوجها كما لغيره يجوز أن يتزوجها فعليه الحد بإكذاب نفسه م: (**عندهما**) ش: أي عند أبي حنيفة ومحمد م: (**وقال أبو يوسف هو تحريم مؤبد**) ش: يعني بعد التلاعن تبقى المرأة حرام عليه أبداً ، فلا يجوز له أن يتزوجها ، وبه قال زفر والحسن والشافعي م: (**لقوله -عليه السلام:« المتلاعنان لا يجتمعان أبداً »**) ش: وقد مر الكلام عن قريب مستقصى ، وهو قول الصحابة - رضي الله عنهم - ولم يرد مرفوعًا م: (**نص على التأبيد**) ش: أي نص ظاهر هذا الخبر على تأبيد الحرمة .

م: (**ولهما**) ش: أي لأبي حنيفة ومحمد م: (**أن الإكذاب**) ش: أي إكذاب الرجل الملاعن نفسه م: (**رجوع ، والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها**) ش: يعني يبطل حكمها م: (**ولا يجتمعان ما داما متلاعنين**) ش: ولا منافاة بين نص التأبيد والعود خاطبًا ، لأن معناه ماداما في حال التلاعن م: (**ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الإكذاب**) ش: أي لم يبق حقيقة التلاعن ولا حكمًا يعني لا حقيقة ولا حكمًا ، أما حقيقة فظاهر، وأما حكمًا فلأنه لما أكذب نفسه وجب عليه الحد ، فبطلت أهلية اللعان ، فإذا بطلت الأهلية بطل حكمها م: (**فيجتمعان**) ش: أي المتلاعنان ، يعني يجوز اجتماعها بعد ذلك التزويج . وقال الكاكي: إذا كذب نفسه قبل تفريق القاضي حلت له من غير تجديد النكاح .

م: (**ولو كان القذف بنفي الولد نفى القاضي نسبه وألحقه بأمه**) ش: أي ألحق الولد بأمه ، وبه قال الشافعي وأحمد. وقال إبراهيم وابن معقل وموسى : لا يفتقر نسب الولد على الفراش بالنفي، لقوله -عليه السلام -« الولد للفراش و للعاهر الحجر»، ذكره في «الصحيحين» . وللجمهور حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أن رجلاً لاعن امرأته فانتفى ولده وفرق بينهما، وألحق الولد بأمه ، رواه الجماعة .

قال في «شرح الطحاوي » : ثم ولد الملاعنة بعدما قطع نسبه فجميع أحكام نسبه باق من

وصورة اللعان أن يأمر الحاكم الرجل فيقول أربع مرات :أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد ، وكذا في جانب المرأة .ولو قذفها بالزنا ونفي الولد ذكر في اللعان الأمرين، ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بأمه ؛ لما روينا أنه عليه السلام نفى ولد امرأة هلال بن أمية عن هلال وألحقه بها

الأب سوى الميراث والنفقة ، حتى أن شهادة الأب له لا تقبل وشهادته لابنه لا تقبل ودفع الزكاة إليه لا يجوز . ولو كان أنثى فزوجه أباها أو تزوج بنته منه إن كان ابنًا لا يجوز ، وغير ذلك من أحكام النسب.

م: (**وصورة اللعان**) ش: أي في نفي الولد م: (**أن يأمر الحاكم الرجل ، فيقول أربع مرات أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد ، وكذا في جانب المرأة ولو قذفها بالزنا ونفى الولد ذكر في اللعان الأمرين**) ش: أراد بهما الزنا ونفي الولد م: (**ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بأمه لما روي أنه عليه السلام**) ش: أي أن النبي ﷺ م: (**نفى ولد امرأة هلال بن أمية عن هلال ، وألحقه بها**)ش: الحديث رواه أبو داود في «سننه» قال : حدثنا الحسن بن علي قال حدثنا يزيد بن هارون قال أخبرنا عباد بن منصور عن عكرمة عن ابن عباس قال : جاء هلال بن أمية ، وهو أحد الثلاثة الذين تاب الله عليهم ، فجاء من أرضه عشاء فوجد عند أهله رجلاً فرأى بعينه وسمع بأذنه فلم يهجه حتى أصبح ثم غدا على رسول الله ﷺ فقال : يارسول الله إني جئت أهلي عشاء فرأيت عندهم رجلاً ، فرأيت بعيني وسمعت بأذني فكره رسول الله ﷺ ما جاء به واشتد عليه فنزلت﴿**والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم** ﴾ ... الآيتين كلتاهما (النور الآية : ٦) ، فسري عن رسول الله ﷺ فقال بشير : يا هلال قد جعل الله لك فرجًا ومخرجًا .

قال هلال : وقد كنت أرجو ذلك من ربي ، فقال رسول الله ﷺ : أرسلوا إليها فجاءت فتلا عليها رسول الله ﷺ وذكرهما وأخبرهما أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا ، فقال : والله لقد صدقت عليها ، فقالت : كذب فقال رسول الله ﷺ : لاعنوا بينهما ، فقيل لهلال : اشهد فشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين ، فلما كان الخامسة قال : يا هلال اتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، وإن هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب ، فقال : والله لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها فشهد الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، ثم قيل لها اشهدي فشهدت أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين ، فلما كانت الخامسة قيل لها اتقي الله ، فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، وإن هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب فتلكأت ساعة ثم قالت : والله لا أفضح قومي فشهدت الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ، ففرق رسول الله ﷺ بينهما وقضى أن لا يدعى ولدها لأب ولا ترمى ولا يرمى ولدها ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد . وقضى أن لا مبيت عليه ولا قوت من أجل أنهما يفترقان من

ولأن المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده فيتضمنه القضاء بالتفريق ، وعن أبي يوسف رحمه الله أن القاضي يفرق ويقول :قد ألزمته أمه وأخرجته من نسب الأب؛ لأنه ينفك عنه فلا بد من ذكره .

أجل أنهما يفترقان من غير طلاق ولا متوفى عنها ، وقال : «إن جاءت به أصيهب أريصح أثيبج حمش الساقين فهو لهلال ، وإن جاءت به أورق جعد إجماليًا خدلج الساقين سابغ الإليتين فهو للذي رميت به »، فجاءت به أورق جعداً جماليًا خلدج الساقين سابغ الأليتين ، فقال رسول الله ﷺ **«لولا الأيمان لكان لي ولها شأن»** (١) ، قال عكرمة وكان ولدها بعد ذلك أميراً على مصر ، وما يدعى لأب ، وورواه أحمد في مسنده، وهو معلول بعباد بن منصور . وقال ابن معين : عباد ابن منصور ضعيف قدري . وقال ابن حبان : كان قدريًا داعيًا إلى القدر . وقال في التنقيح : وثقه يحيى القطان . قوله - أصيهب - تصغير أصهب ،وهو الذي يعلو لونه صهبة وهي كالشقرة . وقوله - أريصح - تصغير الأرصح بفتح الهمزة وسكون الراء وفتح الصاد المهملة وبالحاء المهملة هو الناتئ الإليتين ، ويجورز بالسين ، قاله الهروي . قوله أثيبج تصغير أثبج بفتح الهمزة وسكون الثاء المثلثة وفتح الباء الموحدة وبالجيم ،وهو الناتئ الثبج أي ما بين الكتفين والكاهل .

قوله - حمش الساقين - بفتح الحاء المهملة وسكون الميم وبالشين المعجمة أي دقيقهما . قوله : -أورق - أي أسمر قوله - جعد - بفتح الجيم وسكون العين المهملة وبالدال المهملة ، وهو القصير بمتردد الخلق . قوله جماليًا - بضم الجيم وتخفيف الميم واللام وتشديد الياء آخر الحروف ، وهو الضخم الأعضاء التام الأوصال . قوله - سابغ الإليتين - بالسين المهملة وكسر الباء الموحدة وبالغين المعجمة ، أي قائمها وعظيمها .م: (**ولأن المقصود من هذا اللعان**) ش: أي لأن مقصود الزوج من لعانه م: (**فقي الولد فيوفر عليه**) ش: أي على الزوج م: (**مقصوده**) ش: في نفيه م: (**فيتضمنه القضاء بالتفريق**) ش: أي يتضمن نفي الولد قضاء القاضي بالتفريق ، يعني إذا قال فرقت بينهما يكفي .

م: (**وعن أبي يوسف أن القاضي يفرق ويقول: قد ألزمته أمه**) ش: أي ألزمت الولد أمه م: (**وأخرجته**) ش: أي الولد م: (**من نسب الأب**) ش: حتى لو لم يقل ذلك لم ينتف النسب عنه م: (**لأنه ينفك عنه**) ش: أي لأن نفي الولد ينفك عن التفريق إذ ليس من ضرورة التفريق باللعان نفي الولد كما لو مات الولد فإنه يفرق بينهما باللعان ولا ينتفي النسب عنه م: (**فلا بد من ذكره**)

---

(١) رواه أبو داود « اللعان » (٢٢٥٦) عن عباد بن منصور عن عكرمة عن ابن عباس . . . به ، وفيه عباد بن منصور وهو ضعيف جداً ومدلس . قال البخاري : عباد بن منصور روى عن ابن أبي يحيي الأسلمي عن داود ابن الحصين عن عكرمة أشياء ربما نسيها فجعلها عن عكرمة ، وقال ابن حبان : وكل ما روي عن عكرمة سمعه من ابن أبي يحيى عن داود فدلسها على عكرمة .

قلت : فالحديث على هذا عن عباد عن ابن أبي يحيى عن داود بن الحصين ، وهذه سلسلة الضعفاء .

فإن عاد الزوج وأكذب نفسه حده القاضي لإقراره بوجود الحد عليه. وحل له أن يتزوجها وهذا عندهما؛ لأنه لما حد لم يبق أهلاً للعان، فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم. وكذلك إن قذف غيرها فحد به لما بينا، وكذا إذا زنت فحدت لانتفاء أهلية اللعان من جانبها. وإذا قذف امرأته وهي صغيرة أو مجنونة فلا لعان بينهما؛ لأنه لا يحد قاذفها لو كان أجنبيًا، فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه مقامه. وكذا إذا كان الزوج صغيرًا أو مجنونًا لعدم أهلية الشهادة

ش: أي من ذكر نفي الولد، ألا ترى أنه إذا نفى ولد أم الولد ينتفي به ولا يجرى اللعان. وإذا قال لامرأته زنيت يجري اللعان ولا ينتفي الولد.

م: (**فإن عاد الزوج وأكذب نفسه**) ش: يعني بعد اللعان م: (**حده القاضي لإقراره بوجود الحد عليه**) ش: حيث قذف محصنته.

وفي « المبسوط »: هذا إذا لم يطلقها بائنًا بعد القذف، أما لو كذب نفسه بعد البينونة لا يجب الحد ولا اللعان، لأن المقصود باللعان التفريق، ولا يتأتى ذلك بعد البينونة ولا حد عليه، لأن قذفه كان موجبًا للعان التفريق، ولا يتأتى ذلك بعد البينونة ولا حد عليه، لأن قذفه كان موجبًا للعان والقذف الواحد لا يوجب الحدين م: (**وحل له أن يتزوجها**).

ش: قال الأكمل: هذا تكرار لقوله - وهو خطاب إذا أكذب نفسه عندهما - ويجوز أن يقال ذكر هناك تفريعًا، ونقل هنا لفظ القدوري م: (**وهذا عندهما**) ش: أي جواز حل الزوج بعد اللعان والتكذيب والحد عند أبي حنيفة ومحمد م: (**لأنه لما حد لم يبق أهلاً للعان، فارتفع حكمه المنوط به**) ش: أي ارتفع اللعان بحكمه المتعلق به م: (**وهو التحريم**) ش: كما ارتفع اللعان.

م: (**وكذلك**) ش: أي يحل كذلك م: (**إن قذف غيرها**) ش: أي غير امرأته بعد تفريق القاضي م: (**فحد به**) ش: أي بسبب قذفه م: (**لما بينا**) ش: يريد به قوله لأنه لما حد لم يبق أهلاً للعان، فارتفع بحكمه المنوط به م: (**وكذا إذا زنت فحدت لانتفاء أهلية اللعان من جانبها**) ش: فإن قيل لما جرى اللعان بينهما علم أنهما زوجان على صفة الإحصان والمرأة والرجل إذا زنيا بعد إحصانهما يرجمان، فحينئذ كان قوله فحدث معناه رجمت، فبعد ذلك أن تبقى محلاً للزوج. أجيب بأن معنى قوله - حدت - جلدت، وتصور المسألة أن يتلاعنا بعد التزوج قبل الدخول، ثم إنها زنت بعد اللعان، فكان حدها الجلد دون الرجم، لأنها ليست بمحصنة، لأن من شرط إحصان الرجم الدخول بعد النكاح الصحيح ولم يوجد. م: (**وإذا قذف امرأته وهي صغيرة**) ش: أي والحال أنها صغيرة م: (**أو مجنونة فلا لعان بينهما، لأنه لا يحد قاذفها**) ش: أي قاذف الصغيرة والمجنونة م: (**لو كان**) ش: أي القاذف م: (**أجنبيًا، فكذا لا يلاعن الزوج صغيراً أو مجنونًا لعدم أهلية الشهادة**) ش: واللعان شهادة عندنا، وبه قال الشافعي. وفي «المدونة» يلاعن بقذف الصغيرة.

وقذف الأخرس لا يتعلق به اللعان ؛لأنه يتعلق بالصريح كحد القذف ، وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وهذا لأنه لا يعرى عن الشبهة ، والحدود تندرئ بها.وإذا قال الزوج :ليس حملك مني فلا لعان بينهما ، وهذا قول أبي حنيفة وزفر -رحمهما الله- لأنه لا يتيقن بقيام الحمل ، فلم يصر قاذفًا . وقال أبو يوسف ومحمد رحمها الله: اللعان يجب بنفي الحمل إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر، وهو معنى ما ذكر في الأصل ؛لأنا تيقنا الحمل عنده فيتحقق القذف ،

وفي «المغني»: لو قذفها وهي بنت تسع فعليه الحد وتطالبه إذا بلغت ، وبدون التسع يعزر . ولو قال لها : زنيت وأنت صبية أو مجنونة ، وجنونها معهود فلا حد ولا لعان ، ولا يجعل قاذفًا في الحال ، لأن فعلها لا يوصف بالزنا ، بخلاف قوله زنيت وأنت ذمية أو منذ أربعين سنة وعمرها عشرون سنة، حيث يعزر ، ذكره في الجوامع .

م: (**وقذف الأخرس لا يتعلق به اللعان؛ لأنه**) ش: أي لأن اللعان م: (**يتعلق بالصريح كحد القذف**) ش: فيندرئ بالشبهة ، ولأنه شهادة حتى يشترط لفظ الشهادة م: (**وفيه خلاف الشافعي**)ش: فإنه يقول يصح قذفه ولعانه ، لأن إشارة الأخرس كعبارة الناطق م: (**وهذا لأنه لا يعرى عن الشبهة**) ش: أي إشارة الأخرس م: (**والحدود تندرئ بها**) ش: أي تندفع بالشبهة ، وكذا إذا كانت المرأة خرساء لا يجري اللعان بينهما .

م: (**وإذا قال الزوج: ليس حملك مني فلا لعان بينهما**) ش: أي ولا يجب اللعان ولا الحد م: (**وهذا**) ش: أي عدم وجوب اللعان م: (**قول أبي حنيفة وزفر**) ش:وبه قال أحمد وأبو ثور ، وهو قول الحسن البصري والشعبي والثوري وابن أبي ليلى م: (**لأنه لا يتيقن بقيام الحمل**) ش: لعله يكون ريحاً م: (**فلم يصر قاذفاً**) ش: فلا يكون موجباً للعان .

م: (**وقال أبو يوسف ومحمد: اللعان يجب بنفي الحمل إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر**) ش: وبه قال مالك والشافعي وأحمد وأبو حنيفة أولاً .

وعن أبي يوسف يلاعن في الحال . وإنما قيد بقوله إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر ، لأنه إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر لا يجب اللعان ، لأنه لا يتيقن بوجود الحمل عند القذف م: (**وهو معنى ماذكر في الأصل**) ش: أي قيده بمجيء الولد لأقل من ستة أشهر ، لأنه إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر لا يجب اللعان ، لأنه لا يتيقن بوجود الحمل عند القذف .

م: (**وهو معنى ما ذكر في الأصل**) ش: أي قيده بمجيء الولد لأقل من ستة أشهر، ما ذكره محمد -رحمه الله تعالى- في الأصل م: (**لأنا تيقنا الحمل عنده**) ش: أي عند القذف م: (**فيتحقق القذف**) ش: فهذا ونفيه بعد الولادة سواء ، ولهذا ثبت حكم الإرث والوصية إذا ولدت لأقل من ستة أشهر بتيقن وجوده .

قلنا: إذا لم يكن قذفًا في الحال يصير كالمعلق بالشرط ،فيصير كأنه قال : إن كان بك حمل فليس مني ، والقذف لا يصح تعليقه بالشرط . فإن قال لها :زنيت وهذا الحبل من الزنا تلاعنا لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحًا ، ولم ينف القاضي الحمل ، وقال الشافعي -رحمه الله -: ينفيه لأنه عليه السلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملاً ، ولنا أن الأحكام لا تترتب عليه إلا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله ، والحديث محمول على أنه عرف قيام الحبل بطريق الوحي.

م: (**قلنا: إذا لم يكن قذفًا في الحال**) ش: هذا جواب من جهة أبي حنيفة ، يعني إذا لم يكن قوله ليس حملك مني قذفًا في الحال بالاحتمال م: (**يصير كالمعلق بالشرط ، فيصير كأنه قال: إن كان بك حمل فليس مني، والقذف لا يصح تعليقه بالشرط**) ش: قبل وجود الشرط ، ولا حاجة إلى إبقاء حكمه إلى وجود الشرط لعدم الحاجة إلى إيجاب الحد، لأن الحدود يحتال إلى درئها لا إلى إثباتها ، بخلاف الإرث والوصية ، فإنهما يتوقفان إلى انفصال الولد ولا يتوقف القذف . وقيل إن هلال بن أمية قذف امرأته بنفي الحمل وقد لاعن رسول الله ﷺ بينهما . أجيب : بأنا لا نسلم أنه قذف امرأته بنفي الحمل ، نعم أنه قذفها وهي حامل ، وذلك لا يدل على قذفها بنفي الحمل ، لأن الحديث قال إذا رأى أحدنا رجلاً على امرأته فذلك يدل على أنه كان قاذفًا بصريح الزنا لا بنفي الحمل .

م: (**فإن قال لها**: زنيت وهذا الحمل من الزنا، **تلاعنا لوجود القذف ،حيث ذكر الزنا صريحًا ، ولم ينف القاضي الحمل** . **وقال الشافعي** : **ينفيه لأنه عليه السلام نفى الولد عن هلال، وقد قذفها حاملا**) ش: وقد ذكرنا عن قريب حديث هلال بن أمية بتمامه .

م: (**ولنا أن الأحكام لا تترتب عليه**) ش: أي على الحمل ، يعني أن نفي الولد حكم من أحكامه والأحكام لا تترتب عليه م: (**إلا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله**) ش: أي قبل انفصال الولد أو قبل حصول الولد . فإن قيل بل يترتب عليه قبل الولادة كالرد بالعيب والميراث والوصية به . وأجيب بأن اللعان في حق الزوج بمنزلة الحد ، فلا يقام مع الشبهة ، بخلاف الرد بالعيب ، لأنه يثبت مع الشبهة والإرث والوصية يتوقفان على انفصاله ، ولا ينفرد في الحال .

وحاصل الجواب أن قوله الأحكام لا تثبت يراد به بعضها ونفي الولد منها لئلا يلزم إقامة الحد مع قيام الشبهة م: (**والحديث**) ش: أي حديث هلال م: (**محمول على أنه**) ش: أي أن النبي ﷺ م: (**عرف قيام الحبل بطريق الوحي**) ش: بدليل أن في الحديث : إن جاءت به أصيهب الحديث إلى آخره ، كما ذكرناه . ومثل ذلك لا يعرف إلا بطريق الوحي . ومن أصحابنا من قال : إن هلالاً قذفها نصًا ، فإنه قال وجدت شريك بن سماء على بطنها يزني بها، ثم نفى الحمل بعد ذلك ، وعندنا لو قذفها نصًا لاعن ، كذا في «المبسوط» . قال ابن الجوزي : أن أحمد أنكر لعان هلال بالحمل ، فقال إنما لاعن رسول الله ﷺ لما جاء وشهد بالزنا ولو كان اللعان بالحمل لكان الحمل

وإذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة أو في الحالة التي تقبل التهنئة وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ، ولاعن به ، وإن نفاه بعد ذلك لاعن ويثبت النسب ، هذا عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله- : يصح نفيه في مدة النفاس؛ لأن النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة، ففصلنا بينهما بمدة النفاس؛ لأنه أثر الولادة ، وله أنه لا معنى للتقدير؛ لأن الزمان للتأمل وأحوال الناس فيه مختلفة، فاعتبرنا ما يدل عليه ، وهو قبوله ، أو

منه منتفيًا عن الزوج غير لاحق به اشتبه به أم لم يشتبه . وهكذا نقل عن محمد بن جرير بن أبي صفرة . وفي «شرح الكردي» : أجمع أصحابنا على أن النسب لا ينتفي ، وهو حمل للشك في وجوده . وفي «البدائع» : لا يقطع نسب الحمل قبل وضعه بلا خلاف بين أصحابنا .

م: **(وإذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة)** ش: أي حين ولدته م: **(أو في الحالة)** ش: أي أو نفاه في الحالة م: **(التي تقبل التهنئة)** ش: على بناء المجهول برفع التهنئة ، قال الجوهري : التهنئة خلاف التعزية ، وتقول هنأته بالولادة تهنئة تهنيئًا ، وكل أمر آت من غير تعب فهو هنيء ، ومنه كلوا هنيئًا مريئًا ، وأصله مهموز اللام م: **(وتبتاع)** ش: على صيغة المجهول أي يشتري م: **(آلة الولادة)** ش: مثل الشد والقماط والشيء الذي يفرش تحت الولد حين يوضع ، والأشياء التي يلف فيها الولد حين تضعه أمه م: **(صح نفيه ، ولاعن به، وإن نفاه بعد ذلك لاعن ويثبت النسب ، هذا عند أبي حنيفة)** ش: وهو قول أبي حنيفة -رضي الله تعالى عنه .

اعلم أن اللعان يجري بينهما بنفي نسب الولد وإن طالت المدة ، لأنه قذف زوجته بنفي الولد عن نفسه ، لكن الولد هل ينتفي ؟ فإن كان النفي بحضرة الولادة حين يولد أو بعد ذلك بيوم أو يومين أو نحو ذلك ينتفي . ولم يوقت أبو حنيفة في بشيء غير هذا .

وروى الحسن عنه أنه يصح نفيه إلى سبعة أيام .

م: **(وقال أبو يوسف ومحمد: يصح نفيه في مدة النفاس)** ش: وعند الشافعي متى أمكن نفيه بالمرافعة على الحاكم ، فلم ينفه لزمه نسبه ، وهو قول أبي عبيد وأبي ثور وابن المنذر . وقال مجاهد وشريح يجوز للزوج نفيه متى شاء . وقال الشعبي ومحمد وابن أبي ذئب وبعض أهل المدينة : لا ينتفي بنفيه ، ولكن يجب به اللعان ، واحتجوا بقوله عليه السلام «الولد للفراش» م: **(لأن النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة، ففصلنا بينهما بمدة النفاس؛ لأنه أثر الولادة)** ش: أي لأن النفاس أثر الولادة . وفي «المبسوط »مدة النفاس كحالة الولادة ، بدليل أنها لا تصوم ولا تصلي فيها .

م: **(وله)** ش: أي ولأبي حنيفة م: **(أنه لا معنى للتقدير ؛ لأن الزمان للتأمل وأحوال الناس فيه)** ش: أي في التأمل م: **(مختلفة ، فاعتبرنا ما يدل عليه)** ش: أي على عدم النفي م: **(وهو قبوله أو**

سكوته عند التهنئة ،أو ابتياعه متاع الولادة ،ومضي ذلك الوقت فهو ممتنع عن النفي ، ولو كان غائبًا ولم يعلم بالولادة ، ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الأصلين . قال : وإذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الأول واعترف بالثاني يثبت نسبهما؛لأنهما توأمان خلقا من ماء واحد ، وحدّ الزوج لأنه أكذب نفسه بدعوى الثانى ، وإن اعترف بالأول ونفى الثاني يثبت نسبهما لما ذكرنا،ولاعن لأنه قاذف بنفي الثاني ، ولم يرجع عنه، والإقرار بالعفة سابق على القذف فصار كما إذا قال : هي عفيفة ، ثم قال: هي زانية وفي ذلك التلاعن، فكذا هذا.

سكوته عند التهنئة) ش: لأنه دليل الرضا م: (**أو ابتياعه متاع الولادة ، أو مضى ذلك الوقت فهو ممتنع)** ش: أي والحال أن الزوج ممتنع م: (**عن النفي**) ش: بأن كان ساكتًا . وفي «الشامل» أبو حنيفة لم يوقت ، بل فوض إلى الإمام ، قال وحكي عنه أنه اعتبر ثلاثة أيام ، وروي عن سبعة أيام ، لأن في هذه المدة يستعد للحقيقة ، وإنما تكون الحقيقة بعد سبعة أيام . وفي «المبسوط» هذا ضعيف ، لأن نصب المقدار بالرأي لا يكون . وروي عن محمد إذا هنئ بولد الأمة فسكت لم يكن قبولاً ، بخلاف ولد المنكوحة .

م: (**ولو كان**) ش: أي الزوج م: (**غائبًا ولم يعلم بالولادة ، ثم قدم ، تعتبر المدة التي ذكرناها على الأصلين**) ش: أي أصل أبي حنيفة . وأصل أبي يوسف ومحمد فعلى أصل أبي حنيفة يجعل كأنها ولدته الآن ، فله النفي في مقدار ما يقبل النسبية ، وعلى أصلهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم ، لأن النسب لا يلزم إلا بعد العلم به ، فصارت حالة القدوم كحالة الولادة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وإذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الأول واعترف بالثاني يثبت نسبهما**) ش: هذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر م: (**لأنهما)** ش: أي لأن الولدين م: (**توأمان خلقا من ماء واحد**) ش: التوأم يقال لكل واحد ، وهو اسم لا يستحقه كل واحد وحده ، وجمعه توائم ، وهو اسم جمع وليس يجمع حقيقة م: (**وحد الزوج لأنه أكذب نفسه بدعوى الثانى . وإن اعترف بالأول ونفى الثاني يثبت نسبهما لما ذكرنا**) ش: أي كذب نفسه م: (**ولاعن لأنه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عن**) ش: أي عن النفي م: (**والإقرار بالعفة سابق)** ش: هذا جواب عما يقال : ينبغي أن يحد لأنه أكذب نفسه بعد القذف ، لأن الإقرار الأول بثبوت النسب باق بعد نفي الثاني ، فيعتبر قيام الإقرار بعد القذف بابتداء الإقرار ، ولو وجد الإقرار بعد النفي يثبت الإكذاب ، فيجب الحد، فكذا هذا .

فأجاب بقوله : والإقرار بالعفة سابق م: (**على القذف**) ش: حقيقة ، والاعتبار بالحقيقة م: (**فصار كما إذا قال هي عفيفة ، ثم قال: هي زانية وفي ذلك التلاعن**) ش: أي واجب م: (**فكذا هذا)**ش: أي فكذا حكم هذا حكم ذلك . وفي «المحيط» و«المبسوط»: فلو نفاهما ثم مات أحدهما أو قتل لزماه . وفي «مختصر الكرخي» : لا يجب اللعان عند أبي يوسف ويجب عند

. . . .

محمد. ولو ولدت أحدهما ميتًا فنفاهما لاعن بالاتفاق، ولزمه الولدان . ولو ولدت ولداً فنفاه ولاعن ثم ولدت آخر بيوم لزماه . وفي «النوادر» عن أبي حنيفة رواه الحسن عنه أن امرأة جاءت بثلاثة أولاد في بطن فنفى الثاني وأقر بالأول والثالث يلاعن وهم بنوه . ولو نفى الأول والثالث وأقر بالثاني يحد وهم بنوه .

وفي «المغني» التوأمان يكون بينهما أقل من شهر ، ومثله عن مالك . وإذا ولدت فسكت لم يكن له نفيه بعد ذلك ، وهو قول الشافعي ، وقال ابن قدامة : وما ذكره أبو حنيفة يبطل بخيار الرؤيا لعيب ، يعني أنه يبطل بالسكوت ، ونقله عنه غلط ، وذلك مذهب الناقل ويبطل مذهبه بالحمل ، فإنه لا يبطل بالسكوت .

ولو هنئ به فأمن على دعائه لزمه، وكذا إن قال: أحسن جزاءك أو بارك الله فيك ، أو زرقك الله مثله لزمه الولد ، وكذا عندنا وعند الشافعي لا يلزمه. وكل موضع لزمه الولد لا يكون له نفيه بعد ذلك، عند الأئمة الأربعة واصحابهم .

ولو قال : ليس هذا الولد مني أو ليس ولدي ، ولم يذكر زناها فلا حد ولا لعان. وكذا لو قال: أكرهت على الزنا لا حد ولا لعان . وكذا لو قال أكرهت على الزنا لا حد ولا لعان .

وفي «المحيط» أو نفى ولد زوجته وهما في اللعان لا ينتفي ، وإن كانت كتابية أو أم ولد ثم اعتقت أو أسلمت ثم وضعت لا يصح نفيه. ولو ولدت بعد اللعان إلى سنتين لزمه الولد، وإن لم يكن عليها عدة يلزمه ما بينه وبين ستة أشهر ، لأنه مطلق حكمًا ولو لاعنها بولد ثم ولدت إلى سنتين لزمه ، لأنها معتدة ويقبل شهادته عليها بالزنا مع ثلاثة ، وفيه خلاف الأئمة الثلاثة . ولو قذفها ثم شهد مع الثلاثة بالزنا لا تقبل ، لأنه سقط عنه اللعان الواجب عليه . ولو شهد ثلاثة غير عدول فلا حد ولا لعان على المشهور . ولو قذف امرأة رجل بالزنا فقال الزوج: صدقت لم يكن على الزوج المصدق حد ولا لعان إلا أن يقول: صدقت هي كما قلت ، فيكون قاذفًا ، ولو عين الذي رماها به وطلب الرجل حد القذف يحد له عندنا يه. وقال الشافعي ومالك : لا يحد . وفي «الروضة » : زنت قبل تفريق القاضي بعد التلاعن يسقط اللعان عند أبي حنيفة ، وحل له وطؤها.

ولو أقام الرجل البينة على صدقة سقط عنه اللعان وحدت ، وهو قول الظاهرية وقال مالك: يلاعن. وقال الشافعي : يلاعن إن كان معها ولد وإلا لا ، ولا لعان في البائن لا في العدة ولا في غيرها عندنا ويحد، وبه قال الشافعي وأحمد ومالك والثوري وأهل الحجاز وأهل العراق، وبعد اللعان يجب لها نصف الصداق عندنا ، وبه قال مالك وسعيد بن جبير وقتادة والحسن، وقال حماد بن أبي سليمان شيخ أبي حنيفة يجب لها المهر الكامل.

....

وقال الزهري : لا صداق لها . وقلنا : التفريق بينهما طلاق قبل الدخول ، فيجب نصف المهر .

فروع أخرى : « في المبسوط» لو مات ولد الملاعنة عن مال فادعى الملاعن لا يثبت نسبه ويضرب الحد . وإن ترك ابنًا وبنتًا يثبت نسبه من الأب وورثه الأب . ولو كان الولد الميت فشاركها ولد فأكذب نفسه يثبت عند أبي حنيفة ، خلافًا لهما . وقيل : الخلاف على العكس .

وفي «جوامع الفقة» مات الشاهدان أو غابا بعدما شهدا لا يقضى باللعان. وفي المال يقضى بخلاف ما لو عميا أو فسقا أو ارتدا حيث يلاعن بينهما ، والوطء الحرام بشبهة أو نكاح فاسد يسقط إحصانها، خلافًا لأبي يوسف ، ثم رجع وقال : هو ملحق بالوطء الحلال في ثبوت النسب ووجوب العدة ، ولا لعان في النكاح الفاسد ولا في الوطء الحلال في ثبوت النسب ووجوب العدة ، ولا لعان في النكاح الفاسده ولا في الوطء بشبهة عندنا . وقال الشافعي وأحمد : يجب اللعان فيهما إذا كان ينفي الولد . وعند أبي يوسف فيه الحد واللعان لإلحاقهما بالنكاح الصحيح . ولو قذفها ثم طلقها ثلاثًا سقط اللعان ولا يجب الحد ، وكذا لو تزوجها بعد ذلك لأن الساقط لا يعود ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد لو أقر به بعد الاستبراء يلزمه . وأجمعوا أنه لا لعان في النكاح الفاسد بغير ولد . ولو تلاعنا لا يثبت التحريم المؤبد في وجه عند الحنابلة وقذف المبانة وأضافها إلى حال قيام النكاح ، وبينهما ولد يريد نفيه يلاعن ولا حد ولا لعان عند الشافعي ومالك . وعندنا يحد ولا لعان ، وهو قول عطاء، ويروى عن الحسن وعثمان البتي ، وهو قول ابن عباس -رضي الله تعالى عنه- . ولو قذف مطلقته الرجعية يلاعن ، وبه قال النخعي والزهري وقتادة ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو عبيد والظاهرية ، وهو قول ابن عمر وجابر بن زيد . وقال ابن عباس: ولا لعان . وفي «جوامع الفقة» قال: قذفتك بعد أن أتزوجك أو زنيت قبل أن أتزوجك فهو قاذف في الحال يلاعن .

وقال الشافعي ومالك: يحد . ولو قذفها ثم زنت أو وطئت حرامًا لا حد ولا لعان عندنا ، وبه قال الشافعي . ولو فرق القاضي بعد التعانهما ثلاثًا خطأ نفذ تفريقه عندنا ، وعند زفر ، وبقية الأئمة لا ينفذ، ولو بدأ بلعان المرأة فقط أخطأ ولا يجب إعادته، وبه قال مالك .

وقال الشافعي وأحمد: يجب إعادته ويسقط اللعان بردتها ، ولو أسلمت بعدها لا يعود .

وفي «الذخيرة» قذفها بنفي ولدها فلم يتلاعنا حتى قذفها أجنبي بالولد ، فحد الأجنبي يثبت نسب الولد ولا ينتفي بعد ذلك ، لأن حد قاذفها حكم بكذبه .

* * *

باب العنين وغيره

وإذا كان الزوج عنينًا أجله الحاكم سنة ، فإن وصل إليها فيها ، و إلا فرق بينهما

م: (باب العنين وغيره)

ش: أي هذا باب في بيان أحكام العنين . ولما ذكر أحكام الأصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق شرع في بيان أحكام من به مرض له تعلق بالنكاح والطلاق ، لأن حكم من به العوارض بعد ذكر حكم الأصحاء والعنين من لا يقدر على إتيان النساء من عن إذا حبس في العنه ، وهي حظيرة الإبل ، أو من عن إذا عرض لأنه يعن يمينًا وشمالاً ولا يقصد . وقيل سمي العنين عنينًا لأن ذكره يسترخي ، فيعن يمينًا وشمالاً ولا يقصد للمأتى من المرأة ، وجمع العنين عنيين .

وفي «البصائر» يقال : فلان عنين بين العنيين ، ولا يقال بين العنه . وكذا في «المغرب» وغيره .

وفي قاضي خان والمرغيناني العنين من لا يصل إلى النساء مع قيام الآلة ، ولو كان يصل إلى الثيب دون البكر أو إلى بعض النساء دون البعض ، وذلك لمرض به ، أو لضعف في خلقته أو لكبر سنه أو سحر فهو عنين في حق من لا يصل إليها لفوات المقصود في حقها ، هكذا ذكره الأسبيجابي وقال : السحر له حقيقة وتأثير عند أهل السنة .

وعند الهندواني يؤتى بطست فيه ماء بارد فيجلس العنين فيه إن كان عضوه يئول إلى النقصان ويتردى علم أنه لا عن فيه ، وإن كان لا يئول ولا ينزوي علم أنه عنين . وفي« المغنى» العنين العاجز عن الإيلاج مأخوذ من عن ، أي إذا اعترض .

وفي «المحيط» آلة قصيرة لا يمكنه إدخالها داخل الفرج لا حق لها في المطالبة بالتفريق .

وفي «الجواهر» : العنين من لا ينتشر ذكره ، وهو كالأصبع في البدن لا ينقبض ولا ينبسط . قوله : كالمجبوب المقطوع أكثر ذكره والخصي .

م: (وإذا كان الزوج عنينًا أجله الحاكم سنة) ش: أي بعد طلبها ، وابتدأ التأجيل من وقت الخصومة يؤجل سنة ، وعليه فتوى فقهاء الأمصار كأبي حنيفة وأصحابه ، والشافعي وأصحابه ، ومالك وأصحابه ، وأحمد وأصحابه ، وهو قول عمر وعثمان وابن مسعود والمغيرة وسعيد بن المسيب وعطاء وعمرو بن دينار وقتادة وإبراهيم النخعي وسفيان وعبد الرحمن الأوزاعي وإسحاق لا يؤجل ستة أشهر في العبد . وعنه وروي عن علي- رضي الله تعالى عنه - وعن مالك يؤجل ستة أشهر في العبد . وعنه وعن ابن المسيب لو كانت حديثة العهد يؤجل خمسة أشهر . وعند عبد الله بن نوفل يؤجل عشرة أشهر .

م: (**فإن وصل إليها فيها**) ش: فلا كلام م: (**وإلا**) ش: أي وإن لم يصل إليها م: (**فرق بينهما**

إذا طلبت المرأة ذلك، هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود- رضي الله تعالى عنهم -، ولأن الحق ثابت لها في الوطء ، ويحتمل أن يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل لآفة أصلية ، فلا بد من مدة معرفة ذلك ، وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الأربعة ، فإذا مضت المدة ولم يصل إليها تبين أن العجز بآفة أصلية ففات

إذا طلبت المرأة ذلك) ش: أي التفريق ، لأن الحق لها م: **(هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود - رضي الله تعالى عنهم -)** ش: أما الرواية عن عمر بن الخطاب - رضي الله تعالى عنه - فأخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» أخبرنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال: قضى عمر بن الخطاب في العنين أن يؤجل سنة .

قال معمر: وبلغني أن التأجيل من يوم تخاصمه . وروى محمد بن الحسن الشيباني في كتاب «الآثار» أخبرنا أبو حنيفة حدثنا إسماعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن عمر بن الخطاب أن امرأة أتته فقالت: إن زوجها لا يصل إليها ، فأجله حولاً ، فلما انقضى حول ولم يصل إليها خيرها فاختارت نفسها ، ففرق عمر - رضي الله تعالى عنه - بينهما ، وجعلها تطليقة بائنة . وأما الرواية عن علي - رضي الله تعالى عنه- فأخرجها ابن أبي شيبة في «مصنفه» حدثنا أبو خالد الأحمر عن محمد بن إسحاق عن خالد بن كثير عن الضحاك عن علي يؤجل العنين سنة ، فإن وصل إليها وإلا فرق بينهما .

وأما الرواية عن ابن مسعود - رضي الله تعالى عنه - فأخرجها ابن أبي شيبة أيضًا حدثنا وكيع عن سفيان عن ابن الربيع بن عميلة عن أبيه عن حصين بن قبيصة عن عبد الله بن مسعود قال: يؤجل العنين سنة ، فإن جامع وإلا فرق بينهما .

م: **(ولأن الحق ثابت لها في الوطء ، ويحتمل أن يكون الامتناع لعلة معترضة)** ش: من رطوبة أو برودة فيداوى بما يضاده ، أو من يبوسته فكذلك م: **(ويحتمل لآفة أصلية)** ش: يعني في أصل الخلقة م: **(فلا بد من مدة معرفة ذلك)** ش: يعني أن الآفة أصلية أو معترضةم: **(وقدرناها)** ش: أي قدرنا مدة التأجيل م: **(بالسنة لاشتمالها على الفصول الأربعة)** ش: أي لاشتمال السنة على أربعة فصول، الربيع وهو ما إذا كانت الشمس في الحمل والثور والجوزاء ، وهو حار رطب على طبيعة الهواء . والثاني الصيف ، وهو ما إذا كانت الشمس في السرطان والأسد والسنبلة ، وهو حار يابس على طبيعة النار . والثالث الخريف ، وهو ما إذا كانت الشمس في الميزان والعقرب والقوس، وهو بارد يابس مثل طبيعة الأرض . والرابع الشتاء ، وهو ما إذا كانت الشمس في الجدي والدلو والحوت ، وهو بارد رطب على طبيعة الماء .

م: **(فإذا مضت المدة)** ش: أي السنة م: **(ولم يصل إليها تبين أن العجز بآفة أصلية ، ففات**

الإمساك بالمعروف ، ووجب عليه التسريح بالإحسان . فإذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما ، ولا بد من طلبها لأن التفريق حقها وتلك الفـرقة تطليقة بائنة؛ لأن فعل القاضي أضيف إليه فكأنه طلقها بنفسـه ، وقال الشافعي -رحمه الله- : هو فـسخ. لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا، وإنما تقع بائنة لأن المقصود -وهو رفع الظلم عنها -لا يحصل إلا بها لأنها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة.ولها كمال مهرها إن كان خلا بها ، فإن خلوة العنين صحيحة.

الإمساك بالمعروف ، ووجب عليه التسريح بالإحسان ، فإذا امتنع) ش: من المفارقة م: **(ناب القاضي منابه، ففرق بينهما)** ش: دفعًا للظلم ، لأن القاضي هو انتصب لدفع الظلم م: **(ولا بد من طلبها ؛ لأن التفريق حقها)** ش: ، فإذا اختارت نفسها بعد مضي المدة فهل تقع الفرقة من غير تفريق الحاكم ، أم يحتاج إلى التفريق ، فيه اختلاف الرواية عن أصحابنا فقال صاحب المختلف : فإن اختارت نفسها بانت منه في ظاهر الرواية ، ثم قال : روى الحسن عن أبي حنيفة أنها إذا اختارت نفسها فرق القاضي بينهما ولا تقع الفرقة من غير تفريق .

كذا ذكر الإمام الأسبيجابي أيضًا في« شرح الطحاوي » .

وقال التمرتاشي : لو سأل الزوج القاضي بعد السنة أن يؤجل سنة أخرى أو شهراً أو أكثر لا يفعل ذلك إلا برضاها ، فإذا رضيت ثم رجعت فلها ذلك ، ويبطل الأجل . ولو وجدته عنينًا ولم يخاصم زمانًا لم يبطل حقها ، لأن ذلك قد يكون للتجربة والامتحان لا للرضى .

م: **(وتلك الفرقة تطليقة بائنة)** ش: وبه قال مالك والثوري وقال الشافعي وأحمد : فسخ لأنه فرقة من جهتها ، والقياس على الجب، قاله الماوردي من أصحابه . ولنا الفرقة من جهته م: **(لأن فعل القاضي أضيف إليه)** ش: أي إلى الزوج لامتناعه عن الإمساك بالمعروف ، والفرقة بالطلاق مشروعة بكتاب الله تعالى أو الإجماع ، والفسخ مختلف فيه ، فالحمل بالجمع أولى ولا يستقيم قياسه على الجب ، لأن الجب كالعنة ، فيكون قياس المختلف على المختلف م: **(فكأنه طلقها بنفسه)** ش: أي فكأن الزوج طلقها بنفسه لإضافة فعل القاضي إليه .

م: **(وقال الشافعي: هو فسخ)** ش: أي تفريق القاضي بينهما فسخ للنكاح م: **(لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا)** ش: يعني بعد تمام العقد ، أما قبل تمام العقد فيقبل ذلك كما في خيار البلوغ وخيار العتاقة ، لأن ذلك امتناع من تمام العقد م: **(وإنما تقع)** ش: أي الفرقة م: **(بائنة ؛ لأن المقصود- وهو رفع الظلم عنها- لا يحصل إلا بها)** ش: أي بالبائنة م: **(لأنها)** ش: أي لأن الفرقة م: **(لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة)** ش: وهي التي لا تكون ذات زوج ولا مطلقة . أما الأول فلفوات المقصود ، وهو الوطء . وأما الثاني فلأنها تحت زوج فلا يحصل حينئذ رفع الظلم ، وهو المقصود من فرقة العنين .

م: **(ولها كمال مهرها إن كان خلا بها ، فإن خلوة العنين صحيحة)** ش: قيد به لأنه لو لم يكن

وتجب العدة لما بينا من قبل ، هذا إذا أقر الزوج أنه لم يصل إليها .ولو اختلف الزوج والمرأة في الوصول إليها ، فإن كانت ثيبًا فالقول قوله مع يمينه ، لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة ، والأصل هو السلامة في الجبلة . ثم إن حلف بطل حقها ، وإن نكل يؤجل سنة ، وإن كانت بكرًا نظر إليها النساء فإن قلن:هي بكر أجل سنة لظهور كذبه ، وإن قلن : هي ثيب يحلف الزوج ، فإن حلف لا حق لها ، وإن نكل يؤجل سنة، وإن كان مجبوبًا فرق بينهما في الحال إن طلبت ، لأنه لا فائدة في التأجيل ، والخصي يؤجل كما يؤجل العنين لأن وطأه مرجو . وإذا أجل العنين سنة وقال : قد جامعتها وأنكرت نظر إليها النساء ، فإن قلن :هي بكر خيرت

خلا بها يلزم نصف المهر . وقال الشافعي : لا يجب شيء من المهر ولا النفقة لأنه فسخ عنده م: **(وتجب العدة)** ش: بالإجماع م: **(لما بينا من قبل)** ش: يعني في باب المهر م: **(هذا)** ش: أي تأجيل العنين سنة ، والتفريق بعد السنة م: **(إذا أقر الزوج أنه لم يصل إليها)** ش: يعني كان مقراً بها في الأول . م: **(ولو اختلف الزوج والمرأة في الوصول إليها)** ش: فقال الزوج : وصلت وقالت المرأة : لم يصل إلي م: **(وإن كانت)** ش: أي المرأة م: **(ثيبًا فالقول قوله مع يمينه ؛ لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة، والأصل هو السلامة في الجبلة)** ش: أي سلامة الآلة في أصل الخلقة . وقال زفر وابن أبي ليلى القول قولها م: **(ثم إن حلف بطل حقها)** ش: فلا يبقى لها خيار م: **(وإن نكل)** ش: عن اليمين م: **(يؤجل سنة . وإن كانت بكراً نظر إليها النساء ، فإن قلن هي بكر أجل سنة لظهور كذبه ، وإن قلن: هي ثيب يحلف الزوج ، فإن حلف لا حق لها ، وإن نكل يؤجل سنة)** ش: بعد ذلك والواحدة في النظر تكفي ، والاثنتان أحوط . وفي البدائع أوثق . وفي الأسبيجابي أفضل .

ثم كيف يعرف أنها بكر أو لا . قالوا : تدفع في فرجها أصغر بيضة من بيض الدجاج ، فإن دخلت بلا عنف فهي ثيب وإلا فبكر . وقيل : إن أمكن بها أن تبول على الجدار فبكر وإلا فثيب .

وفي« شرح الطحاوي » إذا وقع الشك للنساء في أمرها يفعل ذلك . وعن أحمد في الثيب يقال له أخرج المني ، فإن أخرجه وقالت : ليس بمني يمتحن بالنار ، فإن تصادقا على أنه مني يخرج به عن العنة ، لأن الغالب عدم خروج مني العنين .

م: **(وإن كان مجبوبًا)** ش: أي وإن كان الزوج مجبوبًا وهو الذي استؤصل ذكره وخصيتاه ، من الجب وهو القطع م: **(فرق بينهما في الحال إن طلبت المرأة ؛ لأنه لا فائدة في التأجيل)** ش: لأنه لا يرجى منه الوصول م: **(والخصي)** ش: من خصيت الفحل خصاء ممدوداً إذا سللت خصيتيه ، والجمع خصيتان وخصية م: **(يؤجل كما يؤجل العنين ، لأن وطأه مرجو)** ش: فإن حكمه حكم العنين .

م: **(وإذا أجل العنين سنة وقال :قد جامعتها وأنكرت نظر إليها النساء ، فإن قلن :هي بكر خيرت)** ش: أي يخيرها القاضي بدون يمينها ، فلو اختارت الفرقة فرق القاضي بينهما ، هكذا ذكر محمد

لأن شهادتهن تأيدت بمؤيد ، وهي البكارة ، وإن قلن: هي ثيب حلف الزوج فإن نكل خيرت لتأيدها بالنكول وإن حلف لا تخير، وإن كانت ثيبًا في الأصل فالقول قوله مع يمينه ، وقد ذكرناه فيما مضى ، فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك الخيار؛ لأنها رضيت ببطلان حقها ، وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية وهو الصحيح ، ويحتسب بأيام الحيض وبشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ،ولا يحتسب بمرضه ومرضها ؛لأن السنة قد تخلو عنه .

في الأصل . وفي «المنتقى» : لو اختارت نفسها بانت منه ، فعلى هذه الرواية لا يحتاج إلى قضاء القاضي لوقوع الفرقة م: **(لأن شهادتهن)** ش: أي شهادة النساء م: **(تأيدت)** ش: أي تقوت م: **(بمؤيد)** ش: على وزن اسم الفاعل م: **(وهي البكارة)** ش: أي المؤيدة لشهادتهن هي البكارة ، إذ البكارة هي الأصل م: **(وإن قلن هي ثيب حلف الزوج ، فإن نكل)** ش: أي عن اليمين م: **(خيرت لتأيدها بالنكول)** ش: أي لتأييد دعوى المرأة بنكول الزوج . فإن اختارت الزوج أو قامت من مجلسها أو أقامها أعوان القاضي ، أو أقام القاضي قبل أن تختار شيئًا بطل خيارها ، لأن هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته ، وذلك موقت بالمجلس ، فهذا مثله . فإن اختارت نفسها في المجلس يؤمر الزوج بالتفريق ، فإن أبي فرق القاضي م: **(وإن حلف لا تخير)** ش: لبطلان حقها .

م: **(وإن كانت ثيبًا في الأصل فالقول قوله مع يمينه ، وقد ذكرناه فيما مضى)** ش: وهو قوله فالقول قوله مع يمينه ، لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة ، والأصل هو السلامة في الجبلة م: **(فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك الخيار ؛ لأنها رضيت ببطلان حقها . وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية وهو الصحيح)** ش: أطلق محمد في الأصل ، ولم يقيد بالقمرية ولا بالشمسية .

قال في «شرح الطحاوى» : ويعتبر سنة قمرية بالأهلة في ظاهر الرواية . وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه يعتبر سنة شمسية وهو الصحيح ؛ لأن المنطوق هو السنة ، والسنة تنصرف إلى القمرية مطلقًا ، وهي أقل من الشمسية ، وهي تزيد على القمرية بأيام . وذهب السرخسي في «شرح الكافي» إلى رواية الحسن أخذاً بالاحتياط . وقال الولوالجي في« فتاواه» : العنين يؤجل سنة قمرية لا شمسية بأحد عشر يومًا . وذكر الحلواني الشمسية ثلاثمائة وخمسة وستون يومًا وربع يوم وجزء من مائة وعشرين جزءاً من اليوم . والقمرية ثلاثمائة يوم وأربعًا وخمسون يومًا . م: **(ويحتسب)** ش: أي المدة م: **(بأيام الحيض وشهر رمضان)** ش: يعني لا يعوض عن أيام الحيض وشهر رمضان الواقعة في مدة التأجيل ، وذلك لأن الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - قدروا مدة التأجيل سنة ولم يستثنوا منها أيام الحيض وشهر رمضان مع علمهم أن السنة لا تخلو عنها م: **(لوجود ذلك في السنة)** : ش أي لوجود ما ذكر من أيام الحيض.

وشهر رمضان في السنة م: **(ولا يحتسب بمرضه ومرضها)** ش: أي لا تحتسب المدة بسبب مرضه ومرضها م: **(لأن السنة قد تخلو عنه)** ش: أي المرض ، يعني لا يكون زمان المرض محسوبًا

وإذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج وقال الشافعي -رحمه الله- : ترد بالعيوب الخمسة: وهي الجذام ، والبرص، والجنون ،والرتق ،والقرن ، لأنها تمنع الاستيفاء حسًا أو طبعًا ، والطبع مؤيد بالشرع ، قال

في مدة التأجيل قليلاً كان المرض أو كثيراً ، بل يعوض ذلك من أيام أخر ، وعن أبي يوسف إذا مرض أحدهما مرضًا لا يستطيع الجماع معه ، فإن كان أقل من نصف شهر احتسب عليه ، وإن كانت أكثر لم يحتسب عليه .

وفي« البدائع » : روى ابن سماعة عن أبي يوسف إن صح في السنة يومًا أو يومين احتسب عليه . وفي رواية عنه أن ما فوق الشهر كثير لا يحتسب . وفي رواية عنه أن مدة الكثرة السنة . وفي رواية عنه أكثر السنة . وعن محمد لو مرض في السنة يؤجل مقدار مرضه ، وعليه الفتوى . وعن أبي يوسف لو حجت أو هربت أو غابت لا يحتسب على الزوج ، لأنه من جهتها . ولو حج هو أو غاب احتسب عليه . ولو حبس وامتنعت من المجيء إلى السجن لم يحتسب عليه مدة الحبس ، كذا لو حبسه القاضي بمهرها ، ولم يحضرها . وإن لم يمتنع ، وكان في السجن موضع خلوة احتسب عليه ، وإن لم يكن وطأها فيه لم تحتسب ، قال محمد : إن كان محرمًا يؤجل بعد إحرامه . ولو رافعته وهو مظاهر فتعتبر المدة من حين المرافعة إن كان قادراً على الإعتاق . وإن كان عاجزاً عنه أمهله شهرين لعدم القدرة على الجماع فيها . ولو ظاهر بعد التأجيل لا يلتفت إليه ولم يزد على المدة .

م: (**وإذا كان بالزوجة عيب**) ش: أي عيب كان م: (**فلا خيار للزوج**) ش: وبه قال عطاء والنخعي وعمر بن عبد العزيز وأبو قلابة وابن أبي ليلى والأوزاعي والثوري وأبو سليمان الخطابي وداود الظاهري . وفي «المبسوط » : وهو مذهب علي وابن مسعود م: (**وقال الشافعي :ترد بالعيوب الخمسة، وهي الجذام**) ش: وهو علة رديئة تحدث من انتشار المرة السوداء م: (**والبرص**) ش: وهو بياض يظهر في البدن ، ويكون في بعض الأعضاء دون بعض وربما يكون في سائر الأعضاء ، حتى يكون ظاهر البدن كله أبيض ، وسببه سوء مزاج العضو إلى البرودة وغلبة البلغم م: (**والجنون**) ش: وهو زوال العقل م: (**والرتق**) ش: وهو مصدر من قولك : امرأة رتقاء بينة الرتق لا يستطاع جماعها بأن لا يكون لها نقب سوى المبال م: (**والقرن**) ش: بسكون الراء ، هو مانع يمنع من سلوك الذكر في الفرج من عظم أو غيره .

م: (**لأنها**) ش: أي لأن هذه العيوب م: (**تمنع الاستيفاء حسًا**) ش: أي من حيث الحس في القرن والرتق م: (**أو طبعًا**) ش: أي أو من حيث الطبع في الجذام والبرص والجنون ، لأن الطباع السليمة تنفر من جماع هؤلاء ، وربما يسري إلى الأولاد م: (**والطبع مؤيد بالشرع**) ش: أي يمنع الاستيفاء من حيث الطبع ، وقد تأيد بالشرع حيث ورد فيه الامتناع منه ، أشار إليه بقوله م: (**قال**

عليه السلام : « فر من المجذوم فرارك من الأسد ». ولنا أن فوت الاستيفاء أصلاً بالموت لا يوجب الفسخ ، فاختلاله بهذه العيوب أولى . وهذا لأن الاستيفاء من الثمرات

عليه السلام : «فر من المجذوم فرارك من الأسد ») ش: هذا الحديث أخرجه البخاري تعليقًا عن سعيد ابن المسيب عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال : قال رسول الله : « لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر ، وفر من المجذوم فرارك من الأسد » .

وقال الكاكي ناقلاً عن ابن حزم : هذا الحديث غير صحيح لأنه لا يجب على أحد أن يفر من المجذوم ، ويجوز الجلوس عنده ، ويثاب على تمريضه وخدمته والقيام بمصالحه ، ولهذا لو حدث ذلك بعد سنين لا ينفسخ النكاح .

فإن قلت : استدل الشافعي أيضًا بأن النبي ﷺ تزوج امرأة من بني بياضة فوجد بكشحها بياضًا فردها ، وقال : « دلستم علي»(١) .

قلت : أجاب الأترازي عن هذا بأن المراد من رد النبي ﷺ هو الرد بالطلاق ، وقال الكاكي : هو رواية جميل بن زيد عن زيد بن كعب بن عجرة وهو متروك ، وزيد مجهول ، لا يعلم لكعب ابن عجرة ولد اسمه زيد .

فإن قيل : روي عن عمر رضي الله تعالى عنه الرد بالجنون والجذام والبرص . قال الكاكي : هذه رواية مكذوبة من طريق عبد الله بن حبيب ، وهو مالكي ، وقال الأترازي : معناه الرد بالطلاق .

م: (**ولنا أن فوت الاستيفاء أصلاً بالموت لا يوجب الفسخ ، واختلاله بهذه العيوب أولى**) ش: أي فوت الاستيفاء بالكلية بموت أحد الزوجين لا يوجب الفسخ ، ، حتى لا يسقط شيء من المهر ، قوله : فاختلاله . أي فاختلال الاستيفاء بهذه العيوب المذكورة أولى أنه لا يوجب الفسخ ، لأن الاستيفاء ها هنا يتأتى ، ومقصود النسل يحصل غير أنه يوجب نفرة طبيعية ، وإذًا لا يوجب الرد كالبخر والقروح الفاحشة ، قيل : فيما قاله المصنف ضعف ، لأن النكاح يتوقف بحياتهما .

م: (**وهذا**) ش: أي كون هذه العيوب لا توجب الفسخ م: (**لأن الاستيفاء**) ش: أي الوطء م: (**من الثمرات**) ش: أي ثمرات النكاح وفوات الثمرة لا يؤثر في عقد النكاح ، ألا ترى أنه لو لم

---

(١) أخرجه البيهقي (٧/ ٢١٤) من طريق جميل بن زيد عن ابن عمر ، مرفوعاً ، ثم قال : وقيل عنه هكذا ، وكذلك قال إسماعيل بن زكريا عن جميل بن زيد عن ابن عمر بمعناه ، وقيل عنه عن سعيد بن زيد وقيل عنه عن عبد الله بن كعب وقيل عنه عن كعب وقيل عن كعب بن زيد أو زيد بن كعب . قال البخاري : لم يصح حديثه .

قلت : وهذا اضطراب منه لسوء حفظه ، قال البغوي : ضعيف الحديث جداً ، والاضطراب في حديث الغفارية منه . وبالجملة فالحديث ضعيف .

والمستحق هو التمكن ، وهو حاصل . وإذا كان بالزوج جنون، أو برص، أو جذام ،فلا خيار لها ، عند أبي حنيفة وأبي يوسف-رحمهما الله-. وقال محمد -رحمه الله- : لها الخيار دفعًا للضرر عنها ،كما في الجب والعنة ، بخلاف جانبه ، لأنه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ، ولهما أن الأصل عدم الخيار لما فيه من إبطال حق الزوج ، وإنما يثبت الخيار في الجب والعنة؛ لأنهما يخلان بالمقصود المشروع له

يستوف لبخر أو دفر أو قروح فاحشة لم يكن له حق الفسخ فيها م: (**والمستحق هو التمكن**) ش: أي المستحق بالعقد هو التمكن من الوطء م: (**وهو**) ش: أي التمكن من الوطء م: (**حاصل**) ش: في جميع الصور .

وأما في الجذام والبرص والجنون فظاهر ، وأما في الرتق والقرن فبالفتق والشق، ولا يرد الفسخ لعدم الكفارة وخيار البلوغ ، لأن ذلك فسخ قبل تمام العقد ، وذلك امتناع من تمام العقد ، وكذلك الفسخ بخيار العتاقة ، لأن ذلك امتناع من ازدياد الملك عليها قبل التمام والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه ، ألا ترى أنه لا يحتمل الفسخ بالإقالة ، فلا يفسخ بهذه العيوب ، كما لا يفسخ بالعيوب الأخر من الزمانة والجرب والبخر والدفر والعمى والشلل .

قال ابن حزم في « المحلى » : أما المالكيون والشافعيون فقد خصوا الرد بالعيوب المذكورة، فبطل قياسهم بالبيع ، فكيف يشبه بالنكاح البيع والبيع خلافه ، فإنه نقل ملك الرقبة ولا نقل في النكاح ، والنكاح يصح من غير ذكر بدل ، والبيع لا يصح ، وقالوا : لا تطيب النفس بجماع برصاء ولا مجذومة ، ولا يقدر على جماع الرتقاء والقرناء ، وإنما يزوجهما للوطء .

قلنا : طيب النفس على الجماع ليس بشرط ، فإن نكاح العجوزة الشوهاء الصماء البكماء العمياء عمرها مائة سنة أو مريضة بالدق والسل لا براء منه عند الأطباء يجوز ، وهذا مما لا شك فيه من العقلاء لما أمر الله تعالى به وهو الإمساك بالمعروف أو تسريح بإحسان ، ولم يأت ظن صحيح فيما لا يتوقف عنده .

م: (**وإذا كان بالزوج جنون ، أو برص ، أو جذام ، فلا خيار لها ، عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد: لها الخيار**) ش: وبه قال الشافعي ومالك وأحمد م: (**دفعًا للضرر عنها ، كما في الجب والعنة**) ش: أي كما كان لها الخيار في الجب والعنة ، فتخير دفعًا للضرر عنها ، حيث لا طريق لها سواه ، م: (**بخلاف جانبه**) ش: أي جانب الزوج م: (**لأنه لا متمكن من دفع الضرر بالطلاق**) ش: لأن بالطلاق يندفع الضرر عنه .

م: (**ولهما**) ش: أي لأبي حنيفة وأبي يوسف م: (**أن الأصل عدم الخيار لما فيه من إبطال حق الزوج**) ش: برفع النكاح م: (**وإنما يثبت الخيار في الجب والعنة لأنهما بخلاف المقصود المشروع له**

النكاح ، وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا ، و الله أعلم بالصواب

النكاح) ش: أي المقصود الذي شرع النكاح لأجله ، وذلك المقصود هو الوطء لا شرعية النكاح لأجل الوطء م: (**وهذه العيوب غير مخلة به**) ش: أي بالوطء م: (**فافترقا**) ش: أي افترق المقيس وهو الجنون والجذام والبرص والمقيس عليه وهو الجب والعنة .

فإن قيل : جعل المصنف الوطء فيما إذا كان بالمرأة من العيوب الخمسة من الثمرات، ولم يثبت له خيار الفسخ، وفي مسألة الجب والعنة جعل المقصود المشروع له النكاح ، ويلزم من ذلك أن يكون المقصود المشروع له النكاح ، وأن لا يكون ذلك باعتبار الموضعين ، وهو تحكم .

أجيب : بأن هذا السؤال نشأ من تفسير المشروع له النكاح بالوطء ، وليس ذلك بمراده ، وإنما المراد به التمكن ، وهما يخلان به ، بخلاف العيوب الثلاثة والله أعلم .

* * *

باب العدة

م: (باب العدة)

ش: أي هذا باب في بيان أحكم العدة ، ولما كان أثر الفرقة بالطلاق وغيره أعقبها بذكر وجوه التفريق في باب على حدة ، لأن الأثر يعقب المؤثر .

والعدة في اللغة أيام أقراء المرأة ، وفي الشريعة تربص يلزم المرأة عند زوال ملك المتعة متأكدًا بالدخول أو الخلوة أو الموت ، وقيل : هي عبارة عن تربص المرأة بعد زوال النكاح أو شبهة ، ويقال عددت الشيء أعده ، أي أحصيته ، قال الله تعالى : ﴿ وأحصوا العدة ﴾ (الطلاق : الآية ١) والعدة بالضم الاستعداد والتهيؤ للأمر ، والعدة أيضًا ما أعددته لحوادث الدهر من المال والصلاح ، والعدة بالفتح اسم للمرة من العدد ، وفي «المنافع» العدة بمعنى المعدود ، وسمي زمان التبربص بها لأنها تعد الأيام المضروبة عليها في الشرع .

وسبب العدة نكاح متأكد بالدخول أو بالموت ، وركنها حرمات ثابتة إلى أجل وهي تكون بشهور وحيض ووضع حمل ، وشرطه الفرقة بطلاق غيره ، وحكمها عدم جواز الغير وأختها وأربع سواها ، وما يجري مجراها ، ومحظوراتها كالزينة والتطيب في المبانة والخروج عن البيت عمومًا .

والعدة على أربعة عشر وجهًا ، عدة بثلاث قروء ، وهي عدة الحر المطلقة ذات الحيض ، وعدة بثلاث أشهر وهي عدة الحرة المطلقة التي لا تحيض صغيرة كانت أو كبيرة ، وعدة بأربعة أشهر وعشرة أيام ، وهي عدة المتوفى عنها زوجها ، وعدة بشهرين وخمسة أيام ، وعدة الأمة المتوفى عنها زوجها ، وعدة بثلاث حيض وأربعة أشهر وعشرة أيام ، هي تتصور في أربع مواضع ، فيمن طلق زوجته الحرة طلاقًا بائنًا ، وهو مريض ثم مات في عدتها ترث عنه ، أو كانت له امرأتان أو ثلاث أو أربع ، فقال : إحداكن طالق ، فمات قبل البيان يجب على كل واحدة منهن أربعة أشهر وعشرًا ، فيستكمل فيها ثلاث حيض ، وأم ولد لرجل هي منكوحة لآخر فمات المولى والزوج ، وبين موتها شهران وخمسة أيام ولا يعلم أيهما مات أولاً فعدتها أربعة أشهر وعشرة أيام فتستكمل فيها ثلاث حيض .

وإن لم يعلم أن بين موتها كم كان ولا من مات أولاً فعدتها أربعة أشهر وعشرًا تستكمل فيها ثلاث حيض عند أبي يوسف ومحمد ، وعند أبي حنيفة : عدتها أربعة أشهر وعشرًا لا حيض فيها ، وكذلك إن علم أن بين موتهما أقل من شهرين وخمسة أيام فعدتها أربعة أشهر وعشرًا لا حيض فيها بلا خلاف ، وإن مات المولى أولاً وهي تحت زوج أو في عدة منه من طلاق رجعي ثم مات الزوج فتعتد بأربعة أشهر وعشرة أيام ، وإن كانت العدة من طلاق بائن لا تلزمها عدة الوفاة . وعدة بوضع الحمل ، وهي عدة الطلاق والوفاة والعتاق بوضع الحمل إذا كانت حاملاً ،

وإذا طلق الرجل امرأته طلاقًا بائنًا أو رجعيًا أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق، وهي حرة ممن تحيض ، فعدتها ثلاثة أقراء؛

فإن بقي الحمل إلى سنتين من يوم طلقها ثبت نسبه ، وتنقضي العدة بوضع الحمل ، وإن جاءت به لأكثر من سنتين بيوم لا يثبت نسبه ، ويحكم بانقضاء العدة بعد ستة أشهر ، وتسترد نفقتها إن كانت قبضتها في قول أبي حنيفة ومحمد .

وقال أبو يوسف: تنقضي عدتها بوضع الحمل ، وإن لم يثبت نسبه ، وعدة إلى ستين سنة ، وصورته أن ينقطع حيضها بعد الطلاق تصير إلى أن يصير سنها ستين ثم تعتد بثلاثة أشهر ، ثم تزوج ، وكذلك لو اعتدت بقدرين ثم انقطع الحيض تصير إلى أن يصير سنها ستين سنة ثم تعتد بثلاثة أشهر ، وإن كانت عادة أمها وأخواتها انقطاع الحيض قبل ستين سنة يؤخذ بعادتهن ، وإن كانت عادتهن انقطاع الدم بعد ستين لا يؤخذ بذلك ، ويؤخذ بستين .

وعدة إلى شهرين وتسعة وعشرين يومًا وثلاث حيض بعدها ، وهي عدة صغيرة طلقها زوجها فمضت ثلاثة أشهر إلا يومًا ثم حاضت مالم تحض ثلاث حيض لا تنقضي عدتها ، أو كانت يائسة فاعتدت بثلاثة أشهر إلا يومًا ثم حاضت ، فما لم تحض ثلاث حيض لا تنقضي عدتها ، وعدة بجميع العمر ، وهي عدة امرأة المفقود ما لم يمت أقران زوجها لا يرفع النكاح ، قال بعضهم : إلى مائة سنة ، وقال بعضهم : إلى مائة وعشرين سنة ، وعدة بثلاث حيض إلا يومًا فمات الزوج يلزمها أربعة أشهر وعشرًا ، وعدة بقرأين إلا يومًا وشهرين وخمسة أيام ، وصورته طلق الرجل امرأته الأمة رجعية فاعتدت بقرأين إلا يومين فمات زوجها يلزمها شهران وخمسة أيام .

وعدة بثلاث حيض في الحياة والوفاة ، وصورته رجل أعتق أم ولده أو مات عنها أو وطىء امرأة في نكاح فاسد أو شبهة عقد ففرق بينهما أو مات عنها تعتد عنه بثلاثة أقراء ، فإن آيست أم ولده والموطوءة في نكاح فاسد أو شبهة عقد من صغير أو كبير فعدتهن بثلاثة أشهر في الوفاة والحياة جميعًا ، كذا ذكره أبو الليث في «خزانة الفقه» .

م: (**وإذا طلق الرجل امرأته طلاقًا بائنًا أو رجعيًا**) ش: قال الكاكي : لم يذكر في بعض النسخ : أو رجعيًا ولا بد من ذكره ، وقال الأترازي : لم يذكر قوله : أو رجعيًا في هذا الموضع في أكثر النسخ ، لأن الطلاق الرجعي مر حكمه ، ومقدار عدته في باب الرجعة م: (**أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق**) ش: وهي الفرقة بخيار البلوغ والعتاقة وعدم الكفارة وملك أحد الزوجين صاحبه والفرقة في النكاح الفائت والردة م: (**وهي حرة**) ش: أي والحال أن المرأة حرة كائنة م: (**ممن تحيض فعدتها**) ش: مبتدأ ، وقوله م: (**ثلاثة أقراء**) ش: خبره والجملة جواب قوله إذا ، و يذكر الدخول في الطلاق بناء على الأصل إذ الأصل في النكاح الدخول ، لأن العدة لا تجب على غير المدخول

لقوله تعالى: ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ (البقرة : الآية ٢٢٨) . والفرقة إذا كانت بغير طلاق فهي في معنى الطلاق ؛لأن العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح وهذا المعنى يتحقق فيها ، والأقراء: الحيض عندنا

بها بالنص ؛م: (**لقوله تعالى: ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾**) (**البقرة : الآية ٢٢٨**) ش: والمراد بهن المدخولات بهن من ذوات الحيض، وهي خبر في معنى الأمر ، وأصل الكلام فليتربصن المطلقات ، قال المكنون لام الأمر محذوف ، فاستغني عن ذكره ، وإخراج الأمر في صورة الخبر تأكيد الأمر ، وإشعار بأنه مما يجب أن يتلقى بالمسارعة إلى امتثاله ، ونحوه قولهم في الدعاء يرحمك الله أخرج في صورة الخبر ثقة بالاستجابة ، كأنما وجدت الرحمة ، فهو مخبر عنها ، وبناؤه على المبتدأ يدل على زيادة التأكيد ، ولو قيل يتربص المطلقات لم يكن ذلك التأكيد، لأن الجملة الاسمية تدل على الدوام والثبات ، بخلاف الفعلية ، وفي ذكر الأنفس تهييج لهن على التربص، وزيادة النعت إذ أنفسهن طوامح إلى الرجال ، فأمرن أن يقمعن أنفسهن ، ويغلبنها على الطموح ويجبرنها على التربص ، وانتصب ثلاثة على الظرف ، أي يتربصن مدة ثلاثة قروء ، وجاء المميز على جمع الكثرة دون القلة التي هي الأقراءلجواز استعمال أحد الجمعين مكان الآخر لاشتراكهما في الجمعية ، ولعل القرء أكثر من جمع قرء من الأقراء ، فأوثر عليه تنزيلاً لقليل الاستعمال منزلة المهمل .

م: (**والفرقة إذا كانت بغير طلاق**) ش: قد مر عن قريب أن الفرقة غير الطلاق م: (**فهي في معنى الطلاق؛ لأن العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم**) ش: حتى لا يشتبه النسب م: (**في الفرقة الطارئة على النكاح ، وهذا المعنى يتحقق فيها**) ش: أي في الفرقة بغير طلاق ، لكن هذا فيما إذا كانت المرأة مدخولة ، لأن غير المدخولة لا عدة عليها ، سواء كانت الفرقة بطلاق أو بغير طلاق ، والخلوة جعلت كالدخول فاسدة كانت أو صحيحة في حق العدة احتياطًا استحسانًا لتوهم الشغل .

م: (**والأقراء: الحيض عندنا**) ش: وهو قول الخلفاء الأربعة والعبادلة وأبي بن كعب ومعاذ بن جبل وأبي الدرداء وعبادة بن الصامت وزيد بن ثابت وأبي موسى الأشعري ، وزاد أبو داود والنسائي معبداً الجهني وعبد الله بن قيس رضي الله تعالى عنهم .

وهو قول طاووس وعطاء وابن المسيب وسعيد بن جبير والحسن بن حي وشريك بن عبد الله القاضي والحسن البصري والثوري والأوزاعي وابن شبرمة وأبي عبيدة وربيعة ومجاهد ومقاتل وقتادة والضحاك وعكرمة والسدي وإسحاق وأحمد وأصحاب الظاهر .

وقال أحمد : كنت أقول الأطهار ثم وقفت بقول الأكابر ، وقال أبو بكر الرازي وإليه انتهت رياسة الحنفية ببغداد بعد أبي الحسن الكرخي : أن الشعبي روى عن ثلاثة عشر من

وقال الشافعي -رحمه الله - : الأطهار . واللفظ حقيقة فيهما إذ هو من الأضداد ، كذا قاله ابن السكيت ، و لا ينتظمهما جملة للاشتراك ، والحمل على الحيض أولى ، إما عملاً بلفظ الجمع ؛ لأنه لو حمل على الأطهار والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعًا

الصحابة أن الرجل أحق بامرأته ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة .

م: (**وعند الشافعي- رحمه الله- الأطهار**) ش: أي عند الشافعي الأقراء هي الأطهار ، وبه قال مالك ، ويروى ذلك عن عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت رضي الله تعالى عنهم- .

وفائدة الخلاف فيما إذا طلقها في الطهر لا تنقضي عدتها ما لم تطهر من الحيضة الثالثة عندنا ، وعنده تطهر كما ترى قطرة من الدم من الحيضة الثالثة ، يعني كما شرعت في الحيضة الثالثة .

م: (**واللفظ**) ش: أي لفظ القروء م: (**حقيقة فيهما**) ش: أي في الطهر والحيض م: (**إذ هو**) ش: أي لفظ القرء م: (**من الأضداد**) ش: جاء بمعنى الحيض والطهر جميعًا م: (**كذا قاله ابن السكيت**) ش: وغيره من أهل اللغة .

وقال الجوهري : هو من الأضداد كالجوف للظلمة والنور والصريم لليل والنهار م: (**ولا ينتظمهما**) ش: أي ولا يشمل المعنيين م: (**جملة للاشتراك**) ش: لأنه لا عموم للمشترك بين الأضداد بالإجماع ، ولأنه وقع الاختلاف في المراد من الآية في الصحابة ، وما حمله أحد عليها فحل محل الإجماع في أنه لا ينتظمها .

وقال الأكمل : ولا يبعد أن يكون غرض المصنف بكونه من الأضداد إشارة إلى نفي قول من قال إنه مجاز في أحدهما ، لأنه لا بد للمجاز من مناسبة ، وكونه من الأضداد ينفيها ، فلما كان الأمر كذلك أشار بقوله :

م: (**والحمل على الحيض أونى**) ش: لمعان كثيرة أحدها وهوقوله م: (**أما عملا بلفظ الجمع**) ش: يعني بالقروء المذكور في الآية جمع قرء ، بفتح القاف ، كذا قال الجوهري ، وجمعه أقراء وقروء ، وكذا قال القبي بفتح القاف . وروي بضم القاف أيضًا ، قاله الزمخشري ، ووجه العمل بلفظ الجمع أنه أقل الجمع ثلاثة ، م: (**لأنه لو حمل على الأطهار ، والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعًا**) ش: بيانه أن أقل الجمع ثلاثة ، وذلك إنما يتحقق عند الحمل على الحيض لا على الطهر ، لأن السنة في الطلاق أن يوقع في الطهر ، ثم هو محتسب من الأقراء عند من يقول بالأطهار ، فيكون حينئذ مدة عدتها قرأين وبعض الثالث لا لفظ الثلاثة ، وقوله تعالى ﴿ ثلاثة قروء﴾ خاص لكونه وضع لمعنى معلوم على الانفراد ، وهو لا يحتمل النقصان .

فإن قلت : الجمع يطلق على اثنتين وبعض الثالث ، كما في قوله عز وجل : ﴿ الحج أشهر

أو لأنه معرف لبراءة الرحم ، وهو المقصود أو لقوله عليه السلام :«وعدة الأمة حيضتان»، فيلحق بيانًا به . وإن كانت ممن لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها ثلاث أشهر لقوله تعالى : ﴿ واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ﴾ الآية) (الطلاق : الآية ٤) .

معلومات ﴾ (البقرة : الآية ١٩٧) ، والمراد شهران وبعض الثالث .

قلت: هذا بطريق المجاز ثبت على خلاف الأصل بالإجماع ، فلا يقاس عليه غيره، مع أن ذلك إنما يستقيم في جميع غير مقرون بالعدد ، وهنا مقرون بالعدد ، وهو الثلاثة ، وهو لفظ خاص لعدد معلوم فلا يحتمل غيره .

وأشار إلى المعنى الثاني بقوله : م: (**أو لأنه**) ش: أي أو لأن الحيض م: (**معرف لبراءة الرحم**) ش: إذ تعريف بقاء الرحم يحصل بالحيض لا بالطهر ، لأن الحمل طهر ممتد ، فيجتمعان فلا يحصل التعريف بأنها حامل أو حائل م: (**وهو المقصود**) .

ش: وأشار إلى المعنى الثالث بقوله : م: (**أو لقوله عليه السلام**) ش: أي أو لقول النبي ﷺ م: (**وعدة الأمة حيضتان**) ش: هذا الحديث قد مضى في كتاب الطلاق قبل باب إيقاع الطلاق بأربعة أسطر ، ومعنى الكلام فيه هناك ، والحاصل أن المصنف استدل به على أن القروء اسم للحيض ، لأن الرق إنما يؤثر في التنصيف لا في النقل من الطهر إلى الحيض م: (**فيلحق**) ش: أي هذا الحديث م: (**بيانًا به**) ش: أي من حيث البيان ، بيانه أنه خبر الواحد ، وإن كان لا يصلح به الزيادة على كتاب الله تعالى يصلح بيانًا لما فيه من الإجمال والاشتراك، فكان قوله عليه السلام: « عدتها حيضتان » بيانًا للمشترك في قوله تعالى: ﴿ثلاثة قروء ﴾ فكانت الحيضة هي المرادة .

م: (**وإن كانت ممن لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها ثلاثة أشهر**) ش: تقوم مقام ثلاث حيض في التي لا تحيض ، وهذا بالإجماع لقوله تعالى ﴿ **واللائي يئسن من المحيض من نسائكم** ﴾**الآية) (الطلاق : الآية ٤**) ش: . وهو قوله تعالى : ﴿ **واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر** ﴾ لكن حذف للدلالة المذكورة قوله تعالى: ﴿ **إن ارتبتم** ﴾ إن شككتم في دم البالغات مبلغ اليأس هو دم الحيض أو دم الاستحاضة ، فإذا كان عدة المرتاب لها هذه فغيرها أولى .

وروى البخاري عن مجاهد قال : إن لم يعلموا يحضن أم لا يحضن، واختلفوا في حد الإياس ، ففي« الفتاوى الصغرى» : حد الإياس غير مقدر بشيء، وفي رواية : مقدر بأن رأت بعد ذلك دمًا ، هل يكون حيضًا ، فعلى رواية عدم التقدير يكون حيضًا ، وعلى رواية التقدير لا يكون حيضًا ، فعلى رواية التقدير اختلفت الروايات ، فقال محمد : في الروميات خمس وخمسون سنة ، وفي المولدات ستون سنة ، لأن الروميات أسرع تكسرًا . وعن أبي حنيفة : من خمس وخمسين إلى ستين . وقال محمد بن مقاتل والزعفراني : خمسون ، وهكذا روي عن عائشة رضي الله تعالى عنها ، وهكذا قال عبد الله بن المبارك وسفيان الثوري .

وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض ،بآخر الآية. وإن كانت حاملاً فعدتها أن تضع حملها لقوله تعالى : ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾.(الطلاق: الآية ٤) وإن كانت أمة فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام :«طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان»، ولأن الرق منصف والحيضة لا تتجزأ فكملت ، فصارت حيضتين ،

وقال الكاكي : روي عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنها قالت : إذا بلغت المرأة خمسين سنة لا ترى قرة عين ، أي لا تلد ، وهي رواية الحسن ، وعليه الفتوى ، وقيل يعتبر بتركيب بدنها فإنها تختلف بالسمن والهزال ، وقيل لا تلد لستين إلا فارسية ، وقال الصفاء : وسبعون سنة ، فإذا رأت بعد ذلك دمًا لا يكون حيضًا كالدم الذي تراه الصغيرة، وعلى رواية عدم التقدير لو اعتدت بالأشهر ثم رأت الدم لا تبطل الأشهر ، وهو المختار عندنا ، ذكره الأسبيجابي .

م: (**وكذا التي بلغت بالسن**) ش: أي وكذا بثلاثة أشهر عدة المرأة التي بلغت بالسن بخمس عشر سنة على قول أبي يوسف ومحمد ، وسبع عشرة سنة على قول أبي حنيفة م: (**ولم تحض**) ش: أي والحال أنها لم تحض م: (**بآخر الآية**) ش: وهو قوله تعالى: ﴿ **واللائي لم يحضن** ﴾ (الطلاق : الآية ٤) لأنها داخلة فيه ، لأنها لم تحض بعد ، قال في « تتمة الفتاوى»: اختلف مشايخنا في وجوب العدة على الصغيرة ، لأنها غير مخاطبة ، لكن ينبغي أن يقال تعتد .

وقال في «مبسوط» السرخسي : قال علماؤنا : هي لا تخاطب بالاعتداد، ولكن المولى يخاطب بأن لا يزوجها حتى تنقضي مدة عدتها ، مع أن العدة مجرد مضي المدة، فبثبوتها في حقها لا يؤدي إلى توجه الخطاب عليها .

م: (**وإن كانت حاملاً**) ش: أي وإن كانت المطلقة حاملاً م: (**فعدتها أن تضع حملها لقوله تعالى: ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾**) ش: م: (**الطلاق : الآية ٤**) ش: ولا يعلم فيه خلاف، وكذا لو كان الحمل بالنكاح الفاسد أو بالوطء بالشبهة ، والحمل الذي تنقضي به العدة هو الذي استبان خلقه لم تنقض به العدة .

م: (**وإن كانت أمة**) ش: أي وإن كانت المطلقة أمة م: (**فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**طلاق الأمة تطليقتان ، وعدتها حيضتان**) ش: هذا الحديث قد مر في كتاب الطلاق في أواخر الفصل الذي فيه ، وقد مر الكلام فيه مستوفى م: (**ولأن الرق منصف**) ش: بدليل قوله تعالى: ﴿ **فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب** ﴾ (النساء : الآية: ٢٥) م: (**والحيضة لا تتجزأ فكملت**) ش: أي الحيضة م: (**فصارت حيضتين**) ش: لأن النصف متقدر ، لأن الدم تارة يدر ، وتارة ينقطع ، وبه قال أحمد. وقال الشافعي ومالك: قرءان وهما طهران ، وكذا لو كانت مدبرة أو مكاتبة أو أم ولد لإطلاق الحديث .

فإن قيل النص الوارد في المطلقات عام ، وتخصيص العام ابتداء لا يجوز بخبر الواحد

وإليه أشار عمر -رضي الله عنه- بقوله : لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفًا. وإن كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف ، لأنه يتجزأ فأمكن تنصيفه عملاً بالرق .وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشر . لقوله تعالى : ﴿ ويذرون أزواجًا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً ﴾ (البقرة الآية : ٢٣٤).

والقياس ، ولهذا قال أبو بكر الأصم وابن سيرين والظاهرية : عليها ثلاثة أشهر كعدة الحرائر . أجيب بأن هذا مشهور عمل به كبار الصحابة والتابعين ، وتلقته الأمة بالقبول ، فدخل في حد المشاهير .

م: **(وإليه أشار عمر- رضي الله تعالى عنه-)** ش: أي إلى عدم تجزؤ الحيضة ، أشار عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه-م: **(بقوله: لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفًا)** ش: ولقوله : عدة الزمة حيضتان . ولو استطعت لجعلتها ، أي لجعلت عدة الأمة حيضة ونصف حيضة ، ولكن جعلتها حيضتين كاملتين ، لعدم الاستطاعة على تجزؤ الحيضة ، لأنها تختلف قلة وكثرة ووقتًا، وأثر عمر رضي الله تعالى عنه هذا رواه عبد الرازق في «مصنفه» أخبرنا ابن جريج عن عمرو بن دينار أنه سمع عمرو بن أوس الثقفي يقول: أخبرني رجل من ثقيف ، قال: سمعت عمر ابن الخطاب -رضي الله تعالى عنه- يقول : لو استطعت أن أجعل عدة الأمة حيضة ونصفًا فعلت. فقال له رجل : لو جعلتها شهراً ونصفًا . فسكت عمر -رضي الله تعالى عنه- . ورواه الشافعي في مسنده وابن أبي شيبة في مصنفه : حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار ، ومن طريق الشافعي رواه البيهقي في كتاب «المعرفة» .

م: **(وإن كانت)** ش: أي الأمة المطلقة م: **(لا تحيض)** ش: من صغر أو كبر م: **(فعدتها شهر ونصف ، لأنه)** ش: أي لأن الشهر م: **(يتجزأ ،فأمكن تنصيفه)** ش: فنعتبر عدتها شهراً ونصفًا م: **(عملا بالرق)** ش: أي من حيث العمل بمقتضى الرق لأنه منصف لذوات الأعداد كالجلدات في الحدود ، وكذا عدة المدبرة والمكاتبة والمستسعاة على قول أبي حنيفة ، وإن كانت ممن لا تحيض بشهر ونصف وفي «شرح الأقطع» هذا أيضًا قول الشافعي . وفي قول آخر شهران. وفي قول آخر ثلاثة أشهر .

م: **(وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشراً)** ش: أي عدة المرأة الحرة التي مات عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام ، سواء كانت ممن تحيض أو ممن لا تحيض ، مسلمة كانت أو كتابية صغيرة كانت أو كبيرة ، مدخولاً بها أو غير مدخول بها، آيسة كانت أو غير آيسة ، وزوجها حر أو عبد م: **(لقوله تعالى: ﴿ ويذرون أزواجًا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً ﴾) (البقرة الآية : ٢٣٤) ش:** أول الآية ﴿ **والذين يتوفون منكم ويذرون** ﴾ أي يتركون، أي يموتون عن أزواج . وذكر الأزواج مطلقًا فدل على أن هذه العدة لا تجب إلا بنكاح صحيح ، لأن الزوجية المطلقة لا تحصل إلا بعد صحة النكاح .

وعدة الأمة شهران وخمسة أيام ؛ لأن الرق منصف . وإن كانت حاملاً فعدتها أن تضع حملها لإطلاق قوله تعالى:﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾. (الطلاق الآية :٤)

قال مالك: يشترط معها حيض في الموطوءة مع أن الحامل تحيض عنده ، وخالفه أشهب واختلف قول مالك في الكتابية على قول تستبرئ بحيضة إن كانت موطوءة . وإلا لا عدة عليها ، لأنها غير مخاطبة بشرائع الإسلام . وعلى قول تستبرئ بحيضه إن كانت موطوءة ، وإلا لا عدة عليها لا في الطلاق ولا في الوفاة . واختلف السلف في عدة المتوفى عنها زوجها في أربعة فصول. الأول : أن منهم من قال : عليها عدتان ، الطولى وهي الحول ، والقصرى وهي أربعة أشهر وعشراً ، فالطول عزيمة ، والأقصر رخصة استدلالاً بقوله تعالى : ﴿ **والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجًا وصية لأزواجهم متاعًا إلى الحول غير إخراج** ﴾ فإن خرجن أي بعد أربعة أشهر وعشراً فلا جناح عليكم ، وفيه بيان أن العدة الكاملة هي الحول ، والاكتفاء بأربعة أشهر وعشراً رخصة لها ، وجواب عامة أهل العلم أن هذه الآية منسوخة ، وكان ذلك في الابتداء . ثم نسخ بقوله تعالى :﴿**يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً** ﴾ . وقال أبو بكر الرازي : وقد كانت عدة المتوفى عنها زوجها سنة ، لقوله تعالى ﴿**والذين يتوفون منكم** ﴾ . . . الآية ، فحكم فيها بثلاثة أشياء أحدها إيجاب العدة سنة ، والآخر نفقتها في الحول في مال الزوج . والثالث : منع الخروج فنسخ منها بإحدى الأربعة أشهر والعشر ونسخ منها وجوب نفقتها في مال الزوج بما جعل لها من الربع والثمن في ماله ، وهي منع الخروج في الأربعة الأشهر والعشر .

الفصل الثاني : أن يعتبر عشر ليال وعشرة أيام عند الجمهور . وقال عبد الله بن عمرو بن العاص : عشر ليال وتسعة أيام ، وبه قال الأوزاعي ، حتى يجوز لها أن تزوج في اليوم العاشر . الفصل الثالث : إذا كانت حاملاً فعدتها وضع الحمل عند الأكثر ، وعن علي رضي الله تعالى عنه تعتد بأبعد الأجلين كما يجيء . والفصل الرابع : أن عدتها معتبرة من وقت الوفاة عند الأكثر وكان علي رضي الله تعالى عنه يقول : من وقت العلم بالموت .

م: (**وعدة الأمة شهران وخمسة أيام؛لأن الرق منصف**) ش: لأن الشهور قابلة للتنصيف ، فتنصف عدتها ، وعليه الأئمة الأربعة والجمهور من السلف إلا ما نقل عن ابن سيرين والظاهرية . وقد ذكرناه ، وكذلك الحكم في المدبرة والمكاتبة وأم الولد والمستسعاة على قول أبي حنيفة ، أما إذا مات مولى أم الولد فعدتها ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر ، على ما يجيء إن شاء الله تعالى . م: (**وإن كانت حاملاً**) ش: يعني وإن كانت المتوفى عنها زوجها حاملاً م: (**فعدتها أن تضع حملها**) ش: سواء كانت حرة أو أمة أو أم الولد أو مطلقة أو بعد الفسخ من النكاح الفاسد أو الوطء بالشبهة م: (**لإطلاق قوله تعالى: ﴿ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾**) (**الطلاق الآية : ٤**) ش: وعليه فقهاء الأمصار وأكثر السلف . وعن علي وابن عباس رضي الله تعالى عنهم في رواية تعتد المتوفى عنها زوجها بأبعد الأجلين ، تفسيره أربعة أشهر وعشراً فيها ثلاث حيض ،

وقال عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه- : من شاء باهلته أن سورة النساء القصرى نزلت بعد الآية التي في سورة البقرة ،

حتى لو حاضت ثلاث حيض ولم يمض أربعة أشهر وعشراً لا تنقضي العدة حتى يتم الأربعة ولو تمت الأربعة ولم تحض، لا تنقضي حتى تحيض ثلاث حيض ذكره في «فتاوى قاضي خان».

م: (**وقال عبد الله بن مسعود : من شاء باهلته أن سورة النساء القصرى نزلت بعد الآية التي في سورة البقرة**) ش: أورد هذا عن ابن مسعود ، إشارة إلى قوله تعالى : ﴿ **وأولات الأحمال أجلهن** ﴾ متأخر عن قوله تعالى ﴿ **يتربصن بأنفسهن** ﴾ فيكون ناسخًا في ذوات الأحمال، قوله : باهلته من المباهلة، أي الملاعنة من البهل ، وهو اللعن ، يقال عليه بهلة الله بفتح الباء وضمها ، أي لعنة الله ، وتباهل القوم وابتهلوا إذا لاعنوا وكانوا يقولون إذا اختلفوا في شيء : بهلت الله على الكاذب منا . قالوا : هي مشروعة في زماننا أيضًا. وأراد بسورة النساء القصرى ﴿ **يا أيها النبي إذا طلقتم النساء** ﴾ وهي بعد سورة التغابن.

وأما سورة النساء الطولى فهي بعد آل عمران ، وهي قوله تعالى: ﴿ **يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة** ﴾ ... إلى آخر السورة . وأراد بالتي في سورة البقرة الآية التي فيها ، وهي قوله تعالى: ﴿ **والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجًا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً** ﴾ يعني أن قوله تعالى : ﴿ **وأولات الاحمال** ﴾ في سورة النساء القصرى، وهي آخر الآيتين نزولاً ناسخة لقوله تعالى: ﴿ **أربعة أشهر وعشراً** ﴾ في حق عدة الحامل وقاضية عليه .

وقال الأترازي : وروى أصحابنا في « المبسوط » وغيره عن ابن مسعود أنه قال: من شاء باهلته إلى آخره .

قلت : هذا أخرجه البخاري في تفسير سورة الطلاق ، وفي أوائل البقرة عنه ، قال: أيجعلون عليها التغليظ ولا يجعلون عليه الرخصة أنزلت سورة النساء القصرى بعد الطولى ﴿**وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن**﴾ .

وروي في « السنن » مسنداً إلى مسروق عن عبد الله بن مسعود قال: من شاء لاعنته، لأنزلت سورة النساء القصرى بعد أربعة أشهر وعشراً ، انتهى .

قلت : هذا أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجة ، وأخرجه البزار في مسنده عن علقمة عنه بلفظ : من شاء . وخالفه أن ﴿ **أولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن** ﴾ (الطلاق : الآية ٤) ، نزلت بعد آية المتوفى ، فإذا وضعت المتوفى عنها حملها فقد حلت ، وقرأ ﴿**والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجًا** ﴾ (البقرة : الآية ٢٣٤) ، وروى الترمذي مسنداً إلى إبراهيم عن الأسود عن أبي السنابل بن بعكك قال: « **وضعت سبيعة بعد وفاة زوجها بثلاث وعشرين ، أو خمسة وعشرين يومًا** ،

وقال عمر -رضي الله عنه- : لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج . وإذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها أبعد الأجلين ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -.وقال أبو يوسف -رحمه الله-: ثلاث حيض .ومعناه إذا كان الطلاق بائنًا أو ثلاثًا ، أما إذا كان رجعيًا فعليها عدة الوفاة بالإجماع .

فلما فعلت تشوفت للنكاح ، فأنكر ذلك عليها، فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال : إن تفعل فقد حل أجلها»[1] .

قال أبو عيسى : حديث أبي السنابل حديث مشهور ، والعمل على هذا الحديث عند أكثر أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم ، وهوقول سفيان ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق . وقال بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ : تعتد بأبعد الأجلين والأول أصح ، انتهى .

قلت : اسم أبي السنابل عمرو ، وقيل : حبة ، من المؤلفة قلوبهم ، وسبيعة مصغر سبعة ، . . . الأسلمية ، واسم زوجها سعد بن خولة ، مات بمكة ، فولدت بعده بنصف شهر .

م: (**وقال عمر رضي الله تعالى عنه: لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج**) ش: هذا رواه مالك في موطئه عن نافع عن ابن عمر أنه سئل عن المرأة المتوفى عنها زوجها وهي حامل ، فقال : إذا وضعت حملها فقد حلت ، فأخبره رجل من الأنصار أن عمر بن الخطاب رضي الله تعالي عنه قال : لو وضعت وزوجها على سريره لم يدفن بعد لحلت ، وعن مالك رواه الشافعي في مسنده وعبد الرزاق في مصنفه . والسرير التخت ، المراد منه الذي يغسل عليه الميت .

م: (**وإذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها أبعد الأجلين**) ش: أراد به امرأة الفار ، يعني المريض مرض الموت إذا طلق امرأته ثلاثًا أو واحدة بائنة ثم مات وهي في العدة ترث باتفاق أصحابنا . وفي العدة اختلاف بينهم ، أشار إليه بقوله : م: (**وهذا**) ش: أي كون عدتها أبعد الأجلين م: (**عند أبي حنيفة ومحمد**) ش: وأراد بأبعد الأجلين ، أي الأجلين اللذين هما ثلاث حيض وأربعة أشهر وعشرًا ، أيهما كان أبعد فتأخذ هي بذلك احتياطًا حتى لو أبانها ثم مات تتم أربعة أشهر وعشرة أيام بعد الموت ، وما حاضت في هذه المدة إلا حيضة فعليها حيضتان أخريان .

م: (**وقال أبو يوسف: ثلاث حيض**) ش: يعني إذا رأت ثلاث حيض ولم يتم بعد أربعة أشهر وعشرة أيام تنقضي عدتها م: (**ومعناه**) ش: أي معنى الخلاف في أبعد الأجلين م: (**إذا كان الطلاق بائنًا أو ثلاثًا ، أما إذا كان**) ش: أي الطلاق م: (**رجعيًا فعليها عدة الوفاة بالإجماع**) ش: لعدم انقطاع النكاح .

---

(١) صحيح : انظر صحيح الترمذي (١/ ٣٥٠) .

لأبي يوسف- رحمه الله - أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ، ولزمها ثلاث حيض ، وإنما تجب عدة الوفاة إذا زال النكاح بالوفاة إلا أنه بقي في حق الإرث لا في حق تغير العدة ، بخلاف الرجعي ؛لأن النكاح باق من كل وجه . ولهما أنه لما بقي في حق الإرث يجعل باقيًا في حق العدة احتياطًا ، فيجمع بينهما . ولو قتل على ردته حتى ورثته امرأته فعدتها على هذا الاختلاف ، وقيل: عدتها بالحيض بالإجماع ؛ لأن النكاح حينئذ ما اعتبر باقيًا إلى وقت الموت في حق الإرث ؛لأن المسلمة لا ترث من الكافر . فإن أعتقت الأمة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها إلى عدة الحرائر؛ لقيام النكاح من كل وجه .وإن أعتقت وهي مبتوتة أو متوفى عنها زوجها لم

م: (**لأبي يوسف أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق**) ش: لا بالوفاة م: (**ولزمها ثلاث حيض**) ش: وهي عدة الطلاق م: (**وإنما تجب عدة الوفاة إذا زال النكاح بالوفاة**) ش: فلا يلزمها عدة الوفاة ، وبه قال الشافعي ومالك وأبو ثور وأبو عبيد م: (**إلا أنه بقي في حق الإرث**) ش: هذا جواب عما يقال لو كان كذلك لما بقي في حق الإرث . وأجاب بقوله إلا أنه أي أن النكاح بقي في حق الإرث بالدليل الدال على توريثها بسبب الفرار .

م: (**لا في حق تغيير العدة ، بخلاف الرجعي**) ش: أي بخلاف الطلاق الرجعي م: (**لأن النكاح باق من كل وجه**) ش: لأنه لا ينقطع بالرجعي ، ولهذا إذا مات المرتد أو قتل ترثه امرأته المسلمة ، ومع هذا لا يلزمها عدة الوفاة ، لأن النكاح انقطع بالردة لا بالموت .

م: (**ولهما**) ش: أي لأبي حنيفة ومحمد م: (**أنه**) ش: أي أن النكاح م: (**لما بقي في حق الإرث يجعل باقيًا في حق العدة احتياطًا ، فيجمع بينهما**) ش: أي بين العدتين لأنها مبانة حقيقة وتوفي عنها زوجها حكمًا م: (**ولو قتل على ردته حتى ورثته امرأته**) ش: يعني حصر استحقاقها إلى وقت الردة، لأن المسلم لا يرث الكافر ، وهو جواب عما استدل به أبو يوسف ، فقال : ألا ترى أن المرتد إذا قتل أو مات على ردته ترثه زوجته المسلمة ، وليس عليها عدة الوفاة بالإجماع ، لأن زوال النكاح كان بردته لا بموته ، فكذلك زوال النكاح هنا بالطلاق البائن لا بالموت ، وتقريره أن ذلك أيضًا على هذا الاختلاف ، يعني تعتد بأبعد الأجلين ، وهو معنى قوله م: (**فعدتها على هذا الاختلاف ، وقيل: عدتها بالحيض بالإجماع، لأن النكاح حينئذ ما اعتبر باقيًا إلى وقت الموت في حق الإرث ؛ لأن المسلمة لا ترث من الكافر. فإن أعتقت الأمة في عدتها من طلاق رجعي ، انتقلت عدتها إلى عدة الحرائر ، لقيام النكاح من كل وجه**) ش: صورته الأمة المنكوحة طلقها زوجها رجعيًا ثم أعتقها مولاها في عدتها تحولت عدتها إلى عدة الحرائر من وقت الطلاق فعليها أن تعتد بثلاث حيض إن كانت ممن تحيض وبثلاثة أشهر إن كانت ممن لا تحيض .

م: (**وإن أعتقت وهي مبتوتة**) ش: أي وإن أعتقت الأمة المطلقة وهي مبتوتة ، أي والحال أنها مطلقة طلاقًا بائنًا أو ثلاثًا م: (**أو متوفى عنها زوجها**) ش: أي أو كانت متوفى عنها زوجها م: (**لم**

تنتقل عدتها إلى عدة الحرائر لزوال النكاح بالبينونة أو الموت . وإن كانت آيسة فاعتدت بالشهور، ثم رأت الدم؛ انتقض ما مضى من عدتها ، وعليها أن تستأنف العدة بالحيض ، ومعناه إذا رأت الدم على العادة ؛لأن عودها يبطل الإياس، هو الصحيح

تنتقل عدتها إلى عدة الحرائر لزوال النكاح بالبينونة أو الموت) ش: فإذا كانت كذلك لا تعتد بحيضتين أو بشهر ونصف، أو بشهرين وخمسة أيام على حسب اختلاف حالها ، وبه قال الشافعي في الأظهر وأحمد وإسحاق ، وهو قول الحسن والشعبي والضحاك . وقال مالك : لا يكمل ، وهو قول أبي ثور . وعن عطاء والزهري وقتادة يكمل فيهما اعتباراً بحال اعتدادها .

فإن قيل : العدة حكم زوال الزوجية ، وحكم الزوال يثبت عند الزوال ، فينبغي أن لا تحول العدة في الرجعي أيضًا ، لأنها عند الزوال أمة ، ولهذا تعتد من وقت الطلاق .

وأجيب : بأنه إنما تحولت العدة لأن سببها وهو الزوال متردد ليس بمستقر ، فكانت مترددة أيضًا لتردد سببها ، فتغيرت . ولهذا يتحول بالموت من الأقراء إلى الشهود بخلاف البائن، فإن سببه مستقر ليس بمتردد ، فلم تتحول العدة بالعتق .

وفي «شرح الأقطع» عن الشافعي قولان في كل واحد من الرجعي والبائن في أحدهما ينتقل فيهما ، وفي الآخر ينتقل فيهما. وفي «وجيزهم »ولو أعتقت في أثناء العدة فهي كالحرة في قول، وكالأمة في قول . وفي القول الثالث : إن كانت رجعية التحقت بالحرة ، وإن كانت بائنة فتعتد بقرأين .

م: **(وإن كانت آيسة فاعتدت بالشهور، ثم رأت الدم، انتقض ما مضى من عدتها ، وعليها أن تستأنف العدة بالحيض)** ش: لأن الشهور في الآيسة بدل عن الحيض ، ولا معتبر بالبدل مع القدرة على الأصل ، فلما رأت الدم علم أن الإياس عن الأصل لم يكن متحققًا، والشرط هو اليأس إلى الموت كالفدية في الشيخ الفاني .

م: **(ومعناه)** ش: أي معنى ما ذكره القدوري لأن المسألة من مسائل القدوري م: **(إذا رأت الدم على العادة)** ش: التي كانت قبل الإياس ، يعني كثيراً سائلاً .

أما إذا كانت بلة يسيرة لا يكون حيضًا ، بل كان ذلك من نتن الرحم فكان فاسداً لا يتعلق به حكم الحيض م: **(لأن عودها)** ش: أي عود العادة م: **(يبطل الإياس هو الصحيح)** ش: احترز عن قول محمد بن مقاتل الرازي ، فإنه كان يقول هذا إذا لم يحكم بإبانتها ، فأما إذا انقطع الدم عنها زمانًا حتى يحكم بإياسها وكانت ابنة تسعين سنة ونحوها فرأت الدم بعد ذلك لم يكن حيضًا. وقيل هذا على قول من وقت الإياس وقتًا ثم يظن أنها أيست ، ثم يظهر بخلافه فتستأنف العدة بالحيض ، كذا ذكره الجصاص .

فظهر أنه لم يكن خلفًا ، وهذا لأن شرط الخلفية تحقق اليأس ، وذلك باستدامة العجز إلى الممات، كالفدية في حق الشيخ الفاني . ولو حاضت حيضتين ، ثم أيست تعتد بالشهور تحرزًا عن الجمع بين البدل والمبدل . والمنكوحة نكاحًا فاسداً والموطوءة بشبهة عدتهما الحيض في الفرقة والموت ؛ لأنها للتعرف عن براءة الرحم ، لانقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف .

م: (**فظهر أنه لم يكن خلفًا، وهذا**) ش: أي عدم ظهور الخلفية م: (**لأن شرط الخلفية تحقق اليأس، وذلك**) ش: أي تحقق اليأس م: (**باستدامة العجز إلى الممات كالفدية في حق الشيخ الفاني**) ش: يعني أن شرط الخلفية في الشيخ الفاني استمرار العجز مدة العمر ، فكذا هنا .

م: (**ولو حاضت حيضتين ثم أيست تعتد بالشهور تحرزاً**) ش: أي احترازاً م: (**عن الجمع بين البدل والمبدل**) ش: فإنه لا يجوز . **فإن قلت** : يشكل بمن يصلي بالإيماء حيث يجوز ، ولا يشترط العجز إلى الممات . **قلت** : لأن الصلاة بإيماء ليست بخلف ، بل الإيماء بعض الشيء لا يكون خلفًا عنه كالركوع والسجود ، أما العدة بالأشهر بدل عن العدة بالحيض ، وإكمال الأصل بالبدل غير ممكن .

فإن قلت : المصلي إذا سبقه الحدث ولم يجد الماء حتى يتيمم وبنى يجوز. **قلت** : البدلية في الطهارة وإن كانت لكن لا يجمع بينهما ، لأنه لا يكمل أحدهما بصاحبتها .

م: (**والمنكوحة نكاحًا فاسداً والموطوءة بشبهة عدتهما الحيض في الفرقة والموت**) ش: أراد بالنكاح الفاسد النكاح بغير شهود ونكاح الأخت في عدة الأخت ، ونكاح الخامسة في عدة الرابعة ، أراد بالموطوءة بشبهة ما زفت إليه غير امرأته . وقال الحاكم الشهيد في «الكافي» : إذا دخل الرجل بالمرأة على وجه شبهة أو نكاح فاسد فعليه المهر وعليها العدة ثلاث حيض إن كانت حرة ، وحيضتان إن كانت أمة ، وسواء إن مات عنها أو فرق بينهما وهو حي ، فإن كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدة الحرة ثلاثة أشهر ، وعدة الأمة شهر ونصف .

م: (**لأنها**) ش: أي لأن العدة م: (**للتعرف عن براءة الرحم ، لانقضاء حق النكاح**) ش: إذ لاحق للنكاح الفاسد والوطء بشبهة م: (**والحيض هو المعرف**) ش: ولا فرق في ذلك بين الفرقة والموت .

فإن قيل : فعلى هذا وجب أن يكتفى بحيضة واحده أو شهر كما في الاستبراء، وليس كذلك .

أجيب : بأنها إنما كانت ثلاث حيض إلحاقًا للشبهة بالحقيقة ، فإن أحكام العقد الفاسد أبداً يؤخذ من حكم الصحيح كما في البيع الفاسد والإجارة الفاسدة ، فإنهما يفيدان إفادة الصحيح ، غير أن ثبوت الملك يتوقف على القبض كونها فيه ، ولذلك ثبت أجر المثل دون المسمى كذلك ، وها هنا أيضًا لم يثبت عدة الوفاة كونها فيه ، فإن عدة الوفاة لزيادة إظهار التأسف لفوات نعمة

وإذا مات مولى أم الولد عنها ، أعتقها فعدتها ثلاث حيض ، وقال الشافعي -رحمه الله- :حيضة واحدة ؛لأنها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء ، ولنا أنها وجبت بزوال الفراش فأشبهت عدة النكاح ، وإما منافية عمر -رضي الله عنه- فإنه قال :عدة أم الولد ثلاث حيض. ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاث أشهر كما في النكاح . وإذا مات الصغيرعن امرأة وبها حبل

النكاح ، والنعمة في النكاح الصحيح دون الفاسد ، فلذلك اختصت بالصحيح ، ولكن لما كانت فيه جهة النكاح ألحق بالصحيح في اعتبار مدة العدة احتياطًا .

م: (**وإذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض . وقال الشافعي: حيضة واحدة لأنها تجب بزوال ملك اليمين ، فشابهت الاستبراء**) ش: ولهذا لا تختلف بالحياة والوفاة ، وبه قال مالك وأحمد وهو قول عمر وعائشة وابن المسيب وابن سيرين وابن جبير وخلاس وعمر بن عبد العزيز والزهري والأوزاعي وإسحاق . وعند الظاهرية لا استبراء على أم الولد لا في العتق ولا في الموت ، وتزوج من شاءت إذا لم تكن حاملاً .

وقال الأترازي: وقال الشافعي : عدتها حيضة واحدة ، إن كانت ممن تحيض . وإن كانت ممن لا تحيض فشهر . وقال مالك في« الموطأ»: وعدتها حيضة واحدة ، وإذا لم تحض فثلاثة أشهر ، وبه قال أحمد بن حنبل . وقال في « شرح الأقطع»: ومن أصحاب الشافعي من قال: إنه ليس بعدة ، وإنما هو استبراء .

م: (**ولنا أنها**) ش: أي العدة م: (**وجبت بزوال الفراش ، فأشبهت عدة النكاح**) ش: يعني إذا طلق أم الولد زوجها ، وهي ممن لا تحيض ، فعدتها ثلاثة أشهر ، وفيه لا يكتفى بحيضة واحدة م: (**وإما منافية**) ش: أي في الحكم المذكور م: (**عمر رضي الله تعالى عنه فإنه قال: عدة أم الولد ثلاث حيض**) ش: هذا غريب ، ولكن روى ابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا عيسى بن يونس عن الأوزاعي عن يحيى بن أبي كثير أن عمرو بن العاص أمر أم الولد إذا أعتقت أن تعتد بثلاث حيض. وكتب إلى عمر رضي الله تعالى عنه فكتب بحسن رأيه . وروى محمد بن الحسن في الأصل عن علي وابن مسعود وإبراهيم أنهم قالوا : عدة أم الولد ثلاث حيض ، فسموه عدة وقدروها بثلاث .

وقال الكرخي في «مختصره » : حدثنا الهروي قال : حدثنا محمد بن شجاع قال حدثنا يحيى بن آدم عن أبي خالد عن حجاج عن الشعبي عن الحارث عن علي وعبد الله -رضي الله تعالى عنهما- : عدة أم الولد ثلاث حيض إذا مات عنها سيدها، وروى الحكم عن علي قال: ثلاث حيض. وعن عطاء ثلاثة قروء. وعن إبراهيم عدة أم الولد ثلاث حيض.

م: (**ولو كانت**) ش: أي أم الولد م: (**ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة أشهر كما في النكاح**) ش: يعني كما يجب أن تعتد بثلاثة أشهر إذا طلقها زوجها م: (**وإذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل**

فعدتها أن تضع حملها ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- . وقال أبو يوسف - رحمه الله-: عدتها أربعة أشهر وعشراً وهو قول الشافعي رحمه الله-؛ لأن الحمل ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث بعد الموت. و لهما إطلاق قوله تعالى : ﴿ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾. (الطلاق الآية ٤)، ولأنها مقدرة بوضع الحمل في أولات الأحمال، قصرت المدة أو طالت للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالأشهر مع وجود الأقراء لكن قدرت لقضاء حق النكاح، وهذا المعنى يتحقق في الصبي ، وإن لم يكن الحمل منه ، بخلاف الحمل الحادث ؛ لأنه وجبت العدة بالشهور ، فلا تتغير بحدوث الحمل ، وفيما نحن فيه كما

فعدتها أن تضع حملها ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف رحمه الله: عدتها أربعة أشهر وعشراً ، وهو قول الشافعي) ش: ومالك وأحمد ، وهو قول أبي حنيفة أولاً م: (لأن الحمل ليس بثابت النسب منه) ش: أي من الصغير م: (فصار كالحادث بعد الموت) ش: يعني بأن تضع بعد الموت لستة أشهر فصاعداً من يوم الموت عند عامة المشايخ . وقال بعضهم بأن تأتي به لأكثر من سنتين . وقال في «نهايته» : والأول أصح ، وتفسير قيام الحمل عند الموت أن تلد لأقل من ستة أشهر من وقت موته ، كذا في «الفوائد الظهيرية» .

م: (ولهما) ش: أي لأبي حنيفة ومحمد م: (إطلاق قوله تعالى:﴿ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾) (الطلاق : الآية ٤) ش: يعني من غير فصل بين أن يكون الحمل من الزوج ومن غيره في عدة الطلاق أو الوفاة ، بخلاف ما إذا حدث الحمل بعد موت الصبي ، حيث تعتد بالشهور ، لأنها لم تكن حاملاً عند الموت ،فلم تدخل تحت الآية المذكورة ، ولا يرد علينا امرأة الكبير إذا حبلت بعد موته لأقل من سنتين ، حيث تعتد بوضع الحمل ، وإن لم يكن الحمل وقت الموت ، لأن النسب لما ثبت منه وهو أمر شرعي حكم بوجود الولد أيضًا عند الموت حكمًا تبعًا لحكم شرعي ، وهنا فيما نحن فيه لا يثبت النسب ، فلم يمكن إثبات الحمل عند الموت حكمًا .

م: (ولأنها مقدرة) ش: دليل معقول لهما ، أي ولأن عدة الوفاة مقدرة م: (بوضع الحمل في أولات الأحمال، قصرت المدة أو طالت للتعرف) ش: أي غير مقدرة للتعرف م: (عن فراغ الرحم لشرعها) ش: أي لشرع عدة الوفاة ، أي لمشروعيتها م: (بالأشهر مع وجود الأقراء ، لكن قدرت لقضاء حق النكاح، وهذا المعنى) ش: يعني قضاء حق النكاح م: (يتحقق في الصبي وإن لم يكن الحمل منه) ش: فإذا كان كذلك تعتد امرأته بوضع الحمل لنص قوله تعالى ﴿ وأولات الأحمال ﴾ (الطلاق : الآية ٤) م: (بخلاف الحمل الحادث) ش: جواب عن قول الشافعي فصار كالحمل الحادث بعد الموت .

م: (لأنه) ش: أي لأن الشأن أنه م: (وجبت العدة بالشهور) ش: حقًا للنكاح بآية التربص م: (فلا تتغير بحدوث الحمل ، وفيما نحن فيه) ش: أي فيما إذا مات الصبي عن امرأة وبها حبل م: (كما

وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل فافترقا ، ولا يلزم امرأة الكبير إذا حدث لها الحبل بعد الموت ؛ لأن النسب يثبت منه ، فكان كالقائم عند الموت حكمًا . ولا يثبت نسب الولد في الوجهين ؛لأن الصبي لا ماء له ، فلا يتصور منه العلوق ، والنكاح يقام مقامه في موضع التصور. وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق ؛لأن العدة مقدرة بثلاث حيض كوامل ، فلا ينقص عنها. وإذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة أخرى، وتداخلت العدتان، ويكون ما تراه من الحيض محتسبًا

وجبت) ش: العدة م: (**وجبت مقدرة**) ش: أي حال كونها مقدرة م: (**بمدة الحمل**) ش: وهو وضع الحمل، لأنها عدة أولات الأحمال م: (**فافترقا**) ش: أي افترق الحمل القائم عند الموت ، والحادث بعده م: (**ولا يلزم امرأة الكبير**) ش: جواب عما يقال إذا مات الرجل ولم تكن المرأة حاملاً ، فقد ألزمناها العدة بالشهور ، ثم إذا ظهر الحمل تكون عدتها بوضع الحمل ، فقد تغيرت العدة بوضع الحمل ، فأجاب بقوله : ولا يلزم امرأة الكبير .

م: (**إذا حدث لها الحبل بعد الموت**) ش: أي بعد موت الزوج م: (**لأن النسب يثبت منه فكان**) ش: أي الحمل م: (**كالقائم عند الموت حكمًا**) ش: تبعًا لحكم شرعي آخر ، وهو ثبوت النسب ، لأن النسب بلا حمل لا يثبت في امرأة الصغير لما لم يثبت النسب لم يحتج إلى جعل الحمل قائمًا عند الموت ، فكان الحمل مضافاً إلى أقرب الأوقات ، فكان ابتداء عدتها بالأشهر لا محالة .

م: (**ولا يثبت نسب الولد في الوجهين**) ش: أي فيما إذا كان الحمل قائمًا عند موت الصغير ، وفيما إذا كان حادثًا بعد موته م: (**لأن الصبي لا ماء له ، فلا يتصور منه العلوق**) ش: بلا ماء ، فلا يثبت النسب م: (**والنكاح يقوم مقامه**) ش: أي مقام الماء .

وقال الأترازي : أي مقام العلوق ، هذا جواب عما يقال : النكاح موجود فيقام مقام الماء لقوله ﷺ : « الولد للفراش» . فأجاب بقوله : والنكاح يقوم مقامه م: (**في موضع التصور**) ش: أي في موضع يتصور الوطء . م: (**وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق**) ش: لم تعتد ، أي لم تحتسب ، ويجوز فيه أن يكون على صيغة المجهول مستنداً إلى ما تحيضه ، وأن يكون على بناء المعلوم ، مستنداً إلى المرأة م: (**لأن العدة مقدرة بثلاث حيض كوامل، فلا ينقص عنها**) ش: وهذا بالإجماع ، بخلاف الطهر الذي وقع فيه الطلاق ، فإنه محسوب عند مالك والشافعي .

م: (**وإذا وطئت المعتدة بشبهة**) ش: أي المعتدة عن طلاق بائن ، رجل وطئها بشبهة ، بأن قال : ظننتها تحل لي م: (**فعليها عدة أخرى وتداخلت العدتان**) ش: وبه قال الشافعي في قول .

وأشار إلى صورة التداخل بقوله : م: (**فيكون ما تراه**) ش: أي المرأة م: (**من الحيض محتسبًا**

منهما جميعًا . وإذا انقضت العدة الأولى ولم تكمل الثانية فعليها إتمام العدة الثانية ، وهذا عندنا. وقال الشافعي -رحمه الله-: لا تتداخلان ؛لأن المقصود هو العبادة فإنها عبادة كف عن التزوج والخروج ، فلا تتداخلان كالصومين في يوم واحد . ولنا أن المقصود التعرف على فراغ الرحم ، وقد حصل بالواحدة فتتداخلان ،

منهما) ش: أي من العدتين م: (**جميعًا ، وإذا انقضت العدة الأولى ولم تكمل الثانية فعليها إتمام العدة الثانية**) ش: هذا الذي ذكره المصنف أعم من أن تكون العدتان من جنس واحد أو من جنسين ، وأعم من أن يكون الواطئ هو الزوج أو غيره ، فهذه أربعة صور :

الأولى : أن تكون العدتان من جنس واحد بأن كان الكل حيضًا .

والثانية : أن يكونا من جنسين، بأن يكون أحدهما عدة الوفاة .

والثالثة : ما ذكرناه ، وهو أن الواطىء هو الزوج .

والرابعة : أن يكون الوطئ غير الزوج ، بأن المطلقة تزوجت في عدتها برجل فوطئها الرجل ثم فرق بينهما دفعًا للفساد ، فوجب عليها عدة أخرى ، ففي هذه الصور كلها تجب العدتان ، ويتداخلان عندنا .

وصورة التداخل ذكرها المصنف بقوله م: (**وهذا عندنا**) ش: أي تداخل العدتين مذهب أصحابنا م: (**وقال الشافعي : لا يتداخلان**) ش: في مذهبه تفصيل ، وهو أن العدتين إذا كانتا من شخص واحد تداخلت إذا اتفقا بأن لم يكن إحبال ، وكانت من ذوات الأشهر أو الأقراء، وإن اختلف بأن أحدهما بالحمل ففي تداخلهما وجهان ، أحدهما : التداخل كالمتفقين .

والثاني : لا ، وإن كانت العدتان من شخصين لم تتداخل ، ذكره في الوسيط ، وبه قال أحمد . وقالت المالكية : المتفقان في الأقراء والأشهر متداخلان ، إما من واحد أو من شخصين . ولو اختلفا كانت إحداهما بالحمل ينتقضان . وعند الشافعي وأحمد إن كانت إحداهما بالحمل قدمت ثم تعود إلى الأقراء .

م: (**لأن المقصود من العدة هو العبادة فإنها**) ش: أي فإن العدة م: (**عبادة كف عن التزوج والخروج**) ش: من البيت والمنع عن الزينة وغيرها في مدة معلومة م: (**فلا تتداخلان كالصومين في يوم واحد**) ش: أي كما لا تداخل في الصوم ، وإنه كف عن إمضاء المفطرات في وقت مقدر ، وهو اليوم ، فلا يتأدى صومان في يوم واحد ، فلا يتداخل فيه ، وكذا في العدة.

م: (**ولنا أن المقصود**) ش: من العدة وهو م: (**التعرف عن فراغ الرحم**) ش: في حق ذوات الأقراء م: (**وقد حصل**) ش: المقصود م: (**بالواحدة**) ش: بالعدة الواحدة ، فلا حاجة إلى عدة أخرى م: (**فتتداخلان**) ش: ولا يقال ينبغي أن يكتفى بالحيضة وعدة الموطوءة بالشبهة ونكاح

ومعنى العبادة تابع، ألا ترى أنها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف . والمعتدة عن وفاة إذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور، وتحتسب بما تراه من الحيض فيها، تحقيقاً للتداخل بقدر الإمكان

الفاسد بثلاث حيض أو ثلاثة أشهر ، لأنا بينا أن الفاسد ملحق بالصحيح في اعتبار مدة العدة م: (ومعنى العبادة تابع) ش: جواب عن قول الشافعي ، لأن المقصود هو العبادة . وتقدير الجواب أن معنى العبادة في العدة تابع غير مقصود ، لأن ركنها حرمة الازدواج والخروج ، قال الله تعالى: ﴿ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله﴾ (البقرة: الآية ٢٣٥) ، فهي أجل ، والآجال إذا اجتمعت بمدة واحدة كرجل عليه ديون مؤجلة لا بأس بأنها تنقضي بمدة واحدة ، ثم استوضح كون معنى العبادة فيها طريق التبعية لا بالقصد بقوله: م: (ألا ترى أنها) ش: أي أن العدة م: (تنقضي بدون علمها) ش: أي علم المرأة م: (ومع تركها الكف) ش: عن الخروج والأذى، حتى إذا خرجت أو تزوجت بزوج آخر لا تبطل العدة ، ولو قال: معنى العبادة فيها ركنًا مقصوداً لم ينتقض بدون الكف ، لأن العبادة لا تتحقق بلا ركن .

فإن قلت : لا نسلم أن المقصود تعرف براءة الرحم، فلو كان كذلك لم تجب العدة على الصبية والآيسة والمتوفى عنها زوجها ، لأنه لا شغل في الصبية ، وفي المتوفى عنها زوجها لا يحتاج الزوج إلى ذلك .

قلت : الصبية التي تحتمل الوطء تحتمل العلوق ، وكذا الآيسة ، فدار الحكم على دليل الشغل وهو الوطء ، لأن العدة لا تكفي في إيجابها لوهم الشغل، وإن كان بخلاف العادة المتوفى عنها زوجها الحاجة فيها إلى التعرف قائمة لصيانة ماء الزوجين عن الاختلاط ، لأن ماء الأول محترم في نصيبه ، وكذا ماء الثاني.

فإن قلت: لو كان التداخل معتبراً لتداخل أقراء عدة واحدة .

قلت : لا نسلم الملازمة، لأن التعريف بحيضة واحدة ليس كالتعريف بثلاث حيض في حصول المقصود ، لأن المقصود من الأولى تعريف الفراغ ، ومن الثانية إظهار حظر النكاح فرقًا بينه وبين الاستبراء ، ومن الثالثة إظهار شرف الحرمة ، وهذا المقصود لا يحصل بالحيضة الواحدة وقال الأكمل : فيه نظر ، لأن المصنف لم يعلل إلا بالتعرف عن فراغ الرحم ، فكان السؤال وارداً عليه ، انتهى .

قلت : تعليله بالتعريف عن فراغ الرحم يقتصر عليه لا ينافي التعليل بغيره ، لا يرد عليه شيء .

م: (والمعتدة عن وفاة إذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها) ش: أي في الشهور م: (تحقيقًا للتداخل بقدر الإمكان) ش: قال في «المبسوط»: لو تزوجت في عدة الوفاة فدخل بها الثاني ففرق بينهما فعليها بقية عدتها تجب من الأولى تمام الأربعة أشهر وعشراً ، وعليها

وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق ، وفي الوفاة عقيب الوفاة ، فإن لم تعلم بالطلاق أو بالوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها؛ لأن سبب وجوب العدة الطلاق أو الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب، ومشايخنا - رحمهم الله- يفتون في الطلاق إن ابتداءها من وقت الإقرار نفيًا لتهمة المواضعة. والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق ،أو عزم الواطئ على ترك وطئها . وقال زفر - رحمه الله -: من آخر الوطآت لأن الوطء هو السبب الموجب .

ثلاث حيض للآخر عقيب ما حاضت بعد التفريق من عدة الوفاة أيضًا .

م: (**وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق ، وفي الوفاة عقيب الوفاة**) ش: لأن العلة الموجبة للعدة الطلاق أو الوفاة ، فلا بد من اقتران المعلول ، وهو وجوب العدة بعلتها ، وعليه الأئمة الأربعة وجمهور الصحابة والتابعين م: (**فإن لم تعلم**) ش: أي فإن لم تعلم المرأة م: (**بالطلاق أو بالوفاة**) ش: أي أو لم تعلم بوفاة زوجها بأن كان غائباً م: (**حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها ؛ لأن سبب وجوب العدة الطلاق أو الوفاة**) ش: أي وفاة الزوج م: (**فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب**) ش: وعن علي رضي الله عنه أنها تعتد من يوم يأتيها الخبر . وقال مكي : إن قامت به البينة تعتد من يوم الموت والطلاق ، وإلا فمن يوم الخبر . وقال داود : طلاق الغائب لا يقع أصلاً حتى يأتيها الخبر وتعتد المتوفى عنها زوجها من خبر موته .

م: (**ومشايخنا**) ش: أراد بهم علماء بخارى وسمرقند ، لا جماعة التصوف الذين هم أهل البدع م: (**يفتون في الطلاق أن ابتداءها**) ش: أي ابتداء العدة م: (**من وقت الإقرار نفيًا لتهمة المواضعة**) ش: بأن يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح إقرار المريض بها بالدين والوصية ، أو يتواضعا على انقضائها بأن يتزوج أختها أو أربعًا سواها .

وفي «الذخيرة » قال محمد في الاصل : يجب العدة من وقت الطلاق، واختارها مشايخ بلخ على أنها تجب من وقت الإقرار عقوبة عليه وزجراً على كتمانه الطلاق ، ولكن لا تجب لها نفقة العدة والسكنى ، لأن ذلك حقها وقد أقرت هي بسقوطه ، وينبغي على قول هؤلاء أن لا يحل له التزوج بأختها وأربع سواها ما لم تنقض العدة من وقت الإقرار .

م: (**والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق، أو عزم الواطئ على ترك وطئها**) ش: بأن أخبرها أنه ترك وطأها ، والإخبار أمر ظاهر فيدار الحكم عليه ، أما آخر الوطآت فلا يعلم لاحتمال وجود غيره ، أي غير الوطء الذي وجد . وفي «الخلاصة »وكذا في النكاح الفاسد بعد الدخول لا يكون إلا بالقول بقوله تركتك أو ما يقوم مقامه بأن يقول: تركتها وخليت سبيلها .

م: (**وقال زفر: من آخر الوطآت**) ش: وبه أخذ أبو القاسم الصفار . وقال أبو بكر البلخي : تجب العدة من وقت الفرقة . وقال داود: ولا عدة في النكاح الفاسد م: (**لأن الوطء هو السبب الموجب**) ش: أي للعدة إذ لو لم يطأها لم تجب العدة .

ولنا أن كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الواحدة لاستناد الكل إلى حكم عقد واحد ، ولهذا يكتفى في كل بمهر واحد فقبل المتاركة أو العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره ، ولأن التمكن على وجه الشبهة أقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه ومساس الحاجة إلى معرفة الحكم في حق غيره . وإذا قالت المعتدة : انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين، لأنها أمينة في ذلك ، وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع . وإذا طلق الرجل امرأته طلاقًا بائنًا ، ثم تزوجها في عدتها ، وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل ،وعليها عدة مستقبلة ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله - .

م: (**ولنا أن كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الواحدة**) ش: تقديره القول بالموجب هو أن يقال : سلمنا أن الوطء هو السبب الموجب هو تمكن جميع الوطآت التي وجد العقد الفاسد بمنزلة وطأة واحدة م: (**لاستناد الكل**) ش: أي كل الوطآت م: (**إلى حكم عقد واحد**) ش: وهو بشبهة العقد ، وتلك الشبهة إنما ترتفع بالمشاركة، كما في النكاح ترتفع بالطلاق .

م: (**ولهذا**) ش: إيضاح لقوله : استناد الكل إلى حكم عقد واحد م: (**يكتفى في الكل بمهر واحد ، فقبل المتاركة أو العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره**) ش: فلا يكون الذي قبله أخيراً ، وتقديره أن العدة لا تثبت إلا بآخر وطأة ، لا يؤخذ إلا بالتفريق والعزم، والوطء الأخير لا يتوقف عليه لما قلنا : أنه يجوز أن يوجد غيره م: (**ولأن التمكن**) ش: دليل آخر ، أي لأن التمكن من الوطء م: (**على وجه الشبهة أقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه**) ش: أي لخفاء الوطء م: (**ومساس الحاجة**) ش: جواب عما يقال: لا نسلم أن حقيقة الوطء أمر خفي بالنسبة إلى الزوجين والحاجة إلى معرفة الزوجين ، والحاجة إلى معرفة أيهما ، فأجاب بقوله ومساس الحاجة م: (**إلى معرفة الحكم في حق غيره**) ش: أي غير الواطئ وغيره هو الزوج الذي يريد أن يتزوجها وأخت الموطوءة وأربع سواها .

م: (**وإذا قالت المعتدة: انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين ؛ لأنها أمينة في ذلك**) ش: أي في إخبارها بانقضاء عدتها لأن هذا لا يعلم إلا من جهتها م: (**وقد اتهمت بالكذب، فتحلف كالمودع**) ش: بفتح الدال إذا ادعى الرد أو الهلاك وكذبه المودع بكسر الدال . وقال فخر الإسلام : إذا حلفت صدقت ، معناه إن حلفت بطلت الرجعة، وإن نكلت لم تبطل ، بل بقيت كما كانت . وقال الأترازي : وهذا ليس باستحلاف على الرجعة ، بل على بقاء العدة ، فلا يرد نقضًا على أبي حنيفة يعني لا استحقاق عنده في الرجعة .

م: (**وإذا طلق الرجل امرأته طلاقًا بائنًا ، ثم تزوجها في عدتها فطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل ، وعليها عدة مستقبلة ، وهذا**) ش: أي هذا الحكم المذكور م: (**عند أبي حنيفة وأبي يوسف**) ش: وإنما زاد هذا اللفظ أعني قوله : هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأن هذه المسألة من مسائل

وقال محمد -رحمه الله- : لها نصف المهر ، وعليها إتمام العدة الأولى ؛ لأن هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ، ولا استئناف العدة وإكمال العدة الأولى إنما يجب بالطلاق الأول، إلا أنه لم يظهر حال التزوج الثاني ، فإذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه ،كما لو اشترى أم ولد ثم أعتقها ،

القدوري ، ولم يذكر فيها أبا حنيفة وأبا يوسف . وإنما قال : إذا طلق الرجل امرأته طلاقًا بائنًا إلى قوله : وعليها عدة مستقبلة ثم قال مثل ما قال المصنف .

م: (**وقال محمد : لها نصف المهر وعليها إتمام العدة الأولى**) ش: وعند زفر يجب نصف المهر الثاني ولا عدة عليها ، وعلى هذا الخلاف إذا تزوجت المرأة غير كفء ودخل بها وفرق القاضي بينهما بخصومة الولي وألزمه المهر وألزمها العدة ، ثم تزوجها في عدتها بغير ولي ففرق القاضي بينهما قبل أن يدخل بها كان لها عليه المهر الثاني كاملاً ، وعليها عدة مستقبلة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف . ولو كان تزوجها بعد انقضاء العدة كان لها نصف المهر في قولهم جميعًا .

كذا ذكر الحاكم الشهيد في «الكافي »في باب الأكفاء . وفي «شرح الكافي» قوله : طلاقًا بائنًا ، وكذا لو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق ثم تزوجها في العدة ، ثم قال : وصورتها أنها تزوجت بغير كفء ، وقد ذكرناها الآن .

وفي «الذخيرة» هذه المسائل مبنية على أصل واحد وهو أن الدخول في النكاح الأول هل يكون دخولاً في النكاح الثاني أم لا ، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف يكون ، وهو رواية عن أحمد .

م: (**لأن هذا طلاق قبل المسيس**) ش: أي قبل الدخول والخلوة الصحيحة م: (**فلا يوجب كمال المهر**) ش: وكل طلاق هكذا لا يوجب كمال المهر بل هو منصف المهر بالنص م: (**ولا استئناف**) ش: أي ولا يوجب إليها استئناف م: (**العدة**) ش: لأن العدة لا تجب في الطلاق قبل المسيس بالنص أيضًا .

م: (**وإكمال العدة الأولى إنما يجب بالطلاق الأول ، إلا أنه لم يظهر**) ش: يعني إكمال العدة الأولى م: (**حال التزوج الثاني**) ش: لعدم اختلاط المياه م: (**فإذا ارتفع**) ش: أي التزوج الثاني م: (**بالطلاق الثاني ظهر حكمه**) ش: أي حكم الطلاق الأول ، لأنه لما طلقها ثانيًا بلا دخول فصار النكاح الثاني كالمعدوم ، فيجب عليه إكمال العدة الأولى م: (**كما لو اشترى أم ولده ثم أعتقها**) ش: صورته رجل اشترى امرأته وهي أمة فولدت منه فسد النكاح وكانت حلالاً له بالملك ، فلا بأس بأن تتزين ولا تبقي الطيب لأنها غير معتدة في حقه ، لأن العدة أثر النكاح ، فلما كان الملك ينافي أثر النكاح ، لكنها معتدة في حق غيره ، حتى إذا أراد أن يزوجها من غيره ليس له ذلك ، حتى تحيض حيضتين ، فإن التفرقة بعد الدخول ، فكانت معتدة في حق غيره . ثم إذا أعتقها بعد الشراء فعليها ثلاث حيض، لأنها صارت أم ولد حين اشتراها بعدما ولدت بالنكاح ، وعلى أم

ولهما أنها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الأولى ، و قد بقي أثره ، وهو العدة ، فإذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح ، كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضًا بمجرد العقد، فوضح بهذا أنه طلاق بعد الدخول . وقال زفر -رحمه الله- :لا عدة عليها أصلاً ؛ لأن الأولى قد سقطت بالتزوج ، فلا تعود ، والثانية لم تجب ، وجوابه ما قلنا .

الولد ثلاث حيض ، لكنها تتقي الطيب والزينة في الحيضتين الأوليين استحسانًا . وفي القياس ليس لها ذلك ، لأن الحداد لم يلزمها عند وقوع الفرقة، فلا يلزمها بعد ذلك . وجه الاستحسان أن العدة وجبت عليها بالفرقة لكنها لم تظهر ذلك في حق المولى لكونها حلالاً له بالملك ، فظهرت تلك العدة وحق المولى والعدة بعد الفرقة من نكاح صحيح يجب فيها الحداد ، فأما في الحيضة الثالثة فلا حداد عليها ، لأنها لم تجب بسبب النكاح بل بالعتق ، ولا حداد على أم الولد.

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف م: (**أنها مقبوضة في يده**) ش: أي أن أم الولد مقبوضة في يد مولاها م: (**حقيقة بالوطأة الأولى**) ش: إذ الوطء في هذا الباب بمنزلة القبض م: (**وقد بقي أثره**) ش: أي والحال أنه بقي أثر الوطء ، والأول م: (**وهو العدة ، فإذا جدد النكاح وهي مقبوضة**) ش: بالدخول في النكاح الأول م: (**ناب ذلك القبض**) ش: أي في الدخول الأول م: (**عن القبض المستحق في هذا النكاح**) ش: فإذا طلقها صار كأنه طلقها بعد الدخول في النكاح الثاني ، فيجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة .

فإن قيل: لو كان الطلاق بعد النكاح الثاني كالنكاح بعد الدخول لكان صريحًا معقبًا للرجعة ، كالطلاق الصريح بعد الدخول ، وليس كذلك . فإن الواقع بائن .

أجيب : بأنه ليس بطلاق بعد الدخول ، وإنما هو كالطلاق بعد الدخول ، والمساواة للشيء لا يلزم أن يساويه في جميع الوجوه، ألا ترى أن الخلوة كالدخول في حق تكميل المهر ووجوب العدة لا فيما سواهما ، حتى لو طلقها بعد الخلوة كان الواقع بائنًا . م: (**كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضًا بمجرد العقد**) ش: شبه الحكم المذكور بحكم الغاصب الذي اشترى المغصوب الذي في يده من المالك يصير قابضًا بقبض الذي يتم به العقد م: (**فوضح بهذا**) ش: أي فظهر بما قررناه من الدليل م: (**أنه**) ش: أي هذا الطلاق م: (**طلاق بعد الدخول**) ش: تشبيهًا لا تحقيقًا ، بدليل قوله قبله ناب ذلك القبض عن القبض المستحق .

م: (**وقال زفر : لا عدة عليها أصلاً ؛ لأن الأولى**) ش: أي العدة الأولى م: (**قد سقطت بالتزوج فلا تعود**) ش: لأن الساقط لا يعود م: (**الثانية**) ش: أي العدة الثانية م: (**لم تجب**) ش: لأنه طلاق قبل الدخول م: (**وجوابه ما قلنا**) ش: أي جواب زفر ما قلنا من الدليل ، وهو أنها مقبوضة في يده ببقاء أثر القبض ،وهو العدة .

وإذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها ، وكذا إذا خرجت الحربية إلينا مسلمة، فإن تزوجت جاز ، إلا أن تكون حاملاً ، وهذا كله عند أبي حنيفة -رحمه الله- وقالا : عليها وعلى الذمية العدة ، أما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم ، وقد بيناه في كتاب النكاح . وقول أبي حنيفة رحمه الله فيما إذا كان معتقدهم أنه لا عدة عليها.وأما المهاجرة فوجه قولهما أن الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة ، فكذا بسبب التباين ، بخلاف ما إذا هاجر الرجل وتركها لعدم التبليغ ،

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وإذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها ، وكذا**) ش: أي وكذا لا عدة م: (**إذا خرجت الحربية**) ش: من دار الحرب م: (**إلينا**) ش: أي إلى دار الإسلام حال كونها م: (**مسلمة**) ش: والإسلام ليس بشرط في عدم وجوب العدة ، بل الشرط هو الخروج على سبيل المراغمة ، أي المغاضبة ، وعلى نية أن لا تعود إلى دار الحرب أبداً ، يقال فلان راغم قوله ، إذا نابذهم وخرج عنهم ، ذكره التمرتاشي ، وقال : خرج أحد الزوجين إلينا مسلمًا أو ذميًا أو مستأمناً ثم أسلم أو صار ذميًا والآخر على حربه ثم فقد زالت الزوجية .

م: (**فإن تزوجت**) ش: أي هذه كمهاجرة إلى دار الإسلام م: (**جاز**) ش: ولا عدة عليها م: (**إلا أن تكون حاملاً**) ش: فلا تزوج حتى تضع حملها وعليه نص الحاكم الشهيد في « الكافي» .

وقال الصدر الشهيد في شرح «الجامع الصغير» : وروى محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أن مع الحبل يجوز نكاح المهاجرة ولكن لا يقربها زوجها ، والصحيح جواب الكتاب يعني لا يجوز تزوجها مع الحبل م: (**وهذا**) ش: أي وهذا المذكور م: (**كله عند أبي حنيفة. وقالا**) ش: أي وقال أبو يوسف ومحمد م: (**عليها**) ش: أي علي التي خرجت من دار الحرب م: (**وعلى الذمية**) ش: التي طلقها زوجها م: (**العدة ، أما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم**) ش: يعني أن نكاح المحارم فيما بينهم صحيح عنده إذا كان معتقدهم ذلك .

م: (**وقد بيناه في كتاب النكاح**) ش: في باب النكاح أهل الشرك م: (**وقول أبي حنيفة فيما إذا كان معتقدهم أنه لا عدة عليها**) ش: يعني قول أبي حنيفة في جواز تزوج الذمية المطلقة من الذمي بلا عدة إنما يجوز إذا كان في اعتقاد أهل الذمة جواز ذلك .

م: (**وأما المهاجرة**) ش: التي هاجرت من دار الحرب إلى دار الإسلام م: (**فوجه قولهما**) ش: في ذلك م: (**أن الفرقة**) ش: بين الزوجين الذميين م: (**لو وقعت بسبب آخر**) ش: كالطلاق م: (**وجبت العدة فكذا**) ش: يجب م: (**بسبب التباين**) ش: من دار الحرب م: (**بخلاف ما إذا هاجر الرجل**) ش: أي الزوج إلى دار الإسلام م: (**وتركها**) ش: في دار الحرب لا تجب العدة عليها بالاتفاق م: (**لعدم التبليغ**) ش: أي لعدم تبليغ حكم الشرع إليها .

وله قوله تعالى : ﴿ ولا جناح عليكم أن تنكحوهن ﴾ (الممتحنة: الآية ١٠) ، ولأن العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم ، والحربي ملحق بالجماد ، حتى كان محلاً للتملك ، إلا أن تكون حاملاً ؛لأن في بطنها ولدًا ثابت النسب ، وعن أبي حنيفة- رحمه الله - أنه يجوز نكاحها ولا يطأها كالحبلى من الزنا، والأول أصح.

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة م: (**قوله تعالى ﴿ لا جناح عليكم أن تنكحوهن ﴾**) (**الممتحنة : الآية ١٠**) ش: نفى الجناح في نكاح المهاجرات مطلقًا ، فتقييده بما بعد انقضاء العدة زيادة على النص م: (**ولأن العدة**) ش: دليل معقول ، تقديره أن العدة م: (**حيث وجبت كان فيها حق بني آدم**) ش: لأنها تجب صيانة لماء محترم ، ولهذا لا يجب قبل الدخول م: (**والحربي ملحق بالجماد ، حتى كان محلاً للتملك**) ش: يباع في الأسواق كالبهائم م: (**إلا أن تكون حاملاً**) ش: يجوز أن يكون استثناء من قوله : والحربي ملحق بالجماد ؛ لأن معناه والحربي لا حق له، إلا أن تكون امرأة حاملاً م: (**لأن في بطنها ولدًا ثابت النسب**) ش: والفراش قائم بنكاحها ، فيستلزم الجمع بين الفراشين ، ولا كذلك إذا لم تكن حاملاً .

فإن قلت : قوله تعالي : ﴿ **لا جناح عليكم أن تنكحوهن** ﴾ (الممتحنة الآية ١٠) ، مطلق لا يفصل بين الحامل والحائل ، فتقييده بالحمل زيادة على النص فلا يجوز .

قلت : إن قوله ﷺ : «**من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره**»[١] حديث مشهور تلقته الأئمة بالقبول فيجوز به الزيادة ، بخلاف العدة ، فإنه ليس فيها مثله .

م: (**وعن أبي حنيفة**) ش: رواه الحسن م: (**أنه يجوز نكاحها ولا يطأها كالحبلى من الزنا**) ش: أي لا حرمة الماء الحربي كماء الزنا م: (**والأول**) ش: وهو عدم صحة نكاحها م: (**أصح**) ش: لأن الحمل من الزنا لا نسب له ، وهنا النسب ثابت من الحربي .

ثم اعلم أن المصنف لم يذكر في هذا الباب وجوب العدة على الصغيرة والمكاتبة .

وفي «الذخيرة» طلق الصغيرة بعد الدخول تعتد بثلاثة أشهر ، وعن الفضلي إذا كانت مراهقة فعدتها لا تنقضي بالأشهر ، بل يوقف حالها إلى أن يظهر أنها حبلت بذلك الوطء أم لا ، فإن ظهر كانت عدتها بوضع الحمل ، وإلا فبالأشهر ، ولو حاضت في الأشهر تستأنف العدة .

واختلف مشايخنا في إطلاق إيجاب العدة على الصغيرة ، وأكثر المشايخ لا يطلقون لفظ وجوب العدة لأنها غير مخاطبة ، لكن ينبغي أن يقال تعتد وتجب العدة على الكتابية إذا كانت تحت مسلم كالمسلمة لو كانت تحت ذمي ، فلا عدة عليها في موت ، ولا فرق عند أبي حنيفة ، وعندهما تجب .

---

(١) حسن : انظر صحيح الترمذي (١/ ٣٣٠) .

....

واختلف العلماء في عدة المستحاضة ، فعندنا هي وغيرها سواء ، لأنها إذا كانت صاحبة العادة ردت إلى أيام عادتها ، والمبتدأة والناسية عادتها تعتد بثلاثة أشهر ، وعند الشافعي ، وأحمد ثلاثة أشهر إذا لم يوجد تمييز . وقال مالك : سنة في الطلاق كالوفاة فتسعة أشهر استبراء، وثلاثة أشهر عدة حرة كانت أو أمة أو كتابية .

* * *

فصل

قال: وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها إذا كانت بالغة مسلمة الحداد ، أما المتوفى عنها زوجها فلقوله ﷺ :«لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً »

م: (**فصل**)

ش: أي هذا فصل في بيان ما يجب على المعتدات من الفعل والترك .

م: (**قال**) ش: أي القدوري في مختصره م: (**وعلى المبتوتة**) ش: هذه اللفظة تقع على المطلقة بائنًا أو ثلاثًا ، وعلى المختلعة م: (**والمتوفى عنها زوجها إذا كانت بالغة مسلمة الحداد**) ش: بكسر الحاء المهملة وتخفيف الدالين المهملتين مصدر من حدت المرأة إذا تركت الزينة والخضاب بعد وفاة زوجها ، وهو من نصر ينصر ، وضرب يضرب ، وفتح يفتح ، وأحدت المرأة أيضًا إحداداً . وأبى الأصمعي إلا أحدت ، فهي محد ، كذا قاله ابن دريد . وقال ابن شداد في «أحكامه» : أحد وحد لغتان ، وهو من الحد ، وهو المنع ، وأنها منعت نفسها ، والحداد أيضًا ثبات الماء ثم السود .

م: (**أما المتوفى عنها زوجها فلقوله ﷺ**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً**) ش: هذا الحديث أخرجه الجماعة إلا الترمذي عن أم عطية قالت: قال رسول الله ﷺ : لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال ، إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً ، ولا تلبس ثوبًا مصبوغًا إلا ثوب عصب ، ولا تكتحل ، ولا تمس طيبًا إلا إذا طهرت نبذة من قسط أو أظفار . وفي لفظ البخاري ومسلم : وقد رخص للمرأة في طهرها إذا اغتسلت إحدانا من محيضها في نبذة من قسط أو أظفار .

وقال الأكمل: وفي وجه الاستدلال بهذا الحديث إشكال ، لأن مقتضاه إحلال الإحداد للمتوفى عنها زوجها ، لكون الاستثناء من التحريم إحلال ، وليس الكلام فيه، وإنما هو في الإيجاب ، ثم قال : وقال في« النهاية» : يمكن أن يقال قوله ﷺ لا يحل نفي إحلال الإحداد نفسه ، فحينئذ كان في المستثنى إثبات الإحداد لا محالة وكان تقدير الحديث لا تحد المرأة على ميت فوق ثلاثة أيام إلا المتوفى عنها زوجها فإنها تحد أربعة أشهر وعشراً ، فكان هذا إخبار بإحداد المتوفى عنها زوجها فكان واجبًا، لأن إخبار الشرع آكد من الأمر ، وهذا نسب ما وجدت من الشرح ، انتهى .

قلت : هذا التعسف لغة من التقصير من النظر في تمام الحديث ، فإن المصنف أيضًا ما أخرج الحديث بتمامه ، وقد ذكرناه ، وفيه تصريح بوجوب الإحداد على ما لا يخفى على المتأمل والعصب من برود اليمين يصنع غزله ثم يحاك، قوله نبذة من قسط بضم القاف ، وسكون السين

وأما المبتوتة فمذهبنا ، وقال الشافعي -رحمه الله- : لا حداد عليها لأنه وجب إظهاراً للتأسف على فوت زوج ، وفى بعهدها إلى مماته وقد أوحشها بالإبانة ، فلا تأسف بفوته . ولنا ما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام : نهى المعتدة أن تختضب بالحناء ، وقال : الحناء طيب

المهملة ، وهو ضرب من العود ، وقيل ضرب من الطيب لا واحد له من لفظه . وقيل واحدة ظفر ، ويروى من قسط ظفار بدون الألف بوزن قطام ، وهو اسم مدينة لحمير باليمن ، قوله - نبذة - أي قطعة ، وهو بضم النون وسكون الباء الموحدة ، والمتوفى عنها زوجها تحد وعليه أصحاب رسول الله ﷺ ، وهو مذهب أصحابنا وسفيان والثوري ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق سواء كانت حاملاً أو غيرها . وقال الشعبي والحسن البصري والحكم بن عتيبة : لا يجب ، وقالت الظاهرية : فرض عليها الإحداد .

فإن قيل الإحداد التأسف على فوت النعم ، وذلك مذموم ، قال الله تعالى : ﴿**لكيلا تأسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم**﴾ الحديد الآية ٢٣ ، فكيف صار واجبًا بالخبر معارضًا بالكتاب؟ أجيب بأن المراد بقوله تعالى : ﴿ **ليكلا تأسوا** ﴾ . . الآية ، الأسى مع الصباح ، والفرح مع الصياح نقل عن ابن مسعود موقوفًا ومرفوعًا إلى النبي ﷺ .

م: (**وأما المبتوتة فمذهبنا**) ش: وبه قال الشافعي في القديم وأحمد في رواية م: (**وقال الشافعي- رحمه الله -**) ش: في الجديد م: (**لا حداد عليها**) ش: وبه قال مالك وأحمد في رواية .

وفي «المنهاج» يستحب ، وفي قول يجب م: (**لأنه**) ش: أي لأن الإحداد م: (**وجب إظهاراً للتأسف على فوت زوج ، وفى بعهدها إلى مماته**) ش: أي وفى تعهد المرأة ما فاتها من حسن العشرة ، إلا أن فرق الموت بينهما م: (**وقد أوحشها بالإبانة**) ش: حيث أساء إليها بالفراق وإيثارة غيرها عليها م: (**فلا تأسف بفوته**) ش: أي بفوت هذا الزوج .

م: (**ولنا ما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى المعتدة أن تختضب بالحناء ، وقال: الحناء طيب**)[1] ش ظاهر ما ذكره المصنف يدل على أنه حديثًا ، ذكره السروجي حديثًا واحدًا لا كما زعم السروجي . وقال مخرج الأحاديث : هذا وهم منه ، لأن المصنف استدل بهذا الحديث على أن المبتوتة عليها الإحداد كالمتوفى عنها زوجها ، وفيه خلاف الشافعي ، فتعين أن يكون الحديث واحدًا .

فإن قلت : استدل بعضهم بقول المصنف ، ولنا ما روي أن النبي ﷺ إلى قوله ، وقال : «الحناء طيب» بحديث أخرجه أبو داود في سننه عن أم حكيم بنت أسيد عن أمها عن مولاة لها عن أم سلمة ، قالت : قال لي رسول الله ﷺ وأنا في عدتي من وفاة أبي سلمة «لا تمتشطي

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٣٠٥) من حديث أم حكيم بنت أسيد عن أمها عن مولاة لها عن أم سلمة ، وضعفه الشيخ الألباني ، انظر ضعيف أبي داود (صـ ٢٢٩) .

ولأنه يجب إظهاراً للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها ، والإبانة أقطع لها من الموت ، حتى كان لها أن تغسله ميتًا قبل الإبانة لا بعدها .

بالطيب ولا بالحناء فإنه خضاب » . قلت : بأي شيء أمتشط يا رسول الله ؟ قال : «بالسدر تغلفين به رأسك » .

قلت : حديث أبي داود هذا أجنبي عن المقصود على ما لا يخفى ، فالاستدلال به غير مطابق . وقوله – نهى المعتدة – أعم من أن تكون معتدة الوفاة ومعتدة الطلاق ، وتمام الحديث : الحناء طيب .

فالحديث حديث واحد وأخرجه البيهقي في كتاب المعرفة في الحج عن ابن لهيعة عن بكير ابن عبد الله بن الأشج عن خولة بنت حكيم عن أمها أن رسول الله ﷺ قال : لا تطيبي وأنت محرمة ، ولا تمسي الحناء فإنه طيب ، وعزاه السروجي في الغاية إلى النسائي ، لفظه : «نهى المعتدة عن التكحيل والدهن والخضاب بالحناء »، وقال : «الحناء طيب». وقال البيهقي : إسناده ضعيف ، قال ابن لهيعة : لا يحتج به .

قلت :تكلموا فيه كثيرًا ، ولكن روي عن أحمد أنه قال : من كان مثل ابن لهيعة بمصر في كثرة حديثه وضبطه وإتقانه ، وحدث عنه أحمد كثيراً ، وروى له مسلم مقرونًا بعمرو بن الحارث . روى له الأربعة ، والطحاوي .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن الإحداد م: (**يجب إظهارًا للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها**) ش: أي لصون المرأة عن ارتكاب ما لا يجوز م: (**وكفاية مؤنها**) ش: ولأجل كفاية مؤنها وهو جمع مؤنة من نفقتها وكسوتها م: (**والإبانة أقطع لها**) ش: أي لنعمة النكاح م: (**من الموت**) ش: لأن حكم النكاح باق بعد الوفاة إلى أن تنقضي العدة م: (**حتى كان لها أن تغسله**) ش: أي حتى كان للمرأة أن تغسل زوجها ، حال كونه م: (**ميتًا قبل الإبانة لا بعدها**) ش: لأنه لا يبقى النكاح بعدها أصلاً .

فإن قيل: المبتوتة تتأسف ، فكيف تتأسف المختلعة وقد افتدت نفسها بالمال لطلب الخلاص منه؟ وكذا المبانة كيف تتأسف ، وقد كفاها بالإبانة وآثر غيرها عليها ؟ بل تظهر السرور بالتخلص من مثل هذا الزوج كما قال الخصم . أجيب بأن وجوب الإحداد دائر بفوت النكاح الصحيح بالمشيئة لا باعتبار وفاء الزوج وجفائه ، وفي هذا لا فرق بين المختلعة والمبتوتة .

فإن قيل : لو كان كذلك ينبغي أن تجب على الأزواج كما تجب على الزوجات ، لما أن نعمة النكاح مشترك بينهما . أجيب بأن النص لم يرد إلا في الزوجات ، والأزواج ليسوا في معناهن لكونهم أدنى منهن في نعمة النكاح ، لما فيه من صيانتهن ، وورود النفقة عليهن لكونهن

والحداد ، ويقال الإحداد ، وهما لغتان :أن تترك الطيب ، والزينة ، والكحل ، والدهن والمطيب ، وغير المطيب ، إلا من عذر ، وفي« الجامع الصغير»: إلا من وجع. والمعنى فيه وجهان:أحدهما:ما ذكرناه من إظهار التأسف ، والثاني: أن هذه الأشياء دواعي الرغبة فيها ، وهي ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كيلا تصير ذريعة إلى الوقوع في المحرم ، وقد صح أن النبي ﷺ لم يأذن للمعتدة في الاكتحال ، والدهن لا يعرى

ضعائف عن الكسب عواجز عن التغلب ، ولا كذلك الأزواج .

م: (**والحداد ويقال الإحداد**) ش: أراد بهذا تعريف الإحداد ، وكان موضعه في أول الكلام . قوله - الحداد - مبتدأ وخبره قوله أن يترك الطيب . . إلى آخره . وقوله : ويقال الإحداد جملة معترضة ، أي يقال في الإحداد الحداد أيضًا م: (**وهما لغتان**) ش: جملة معترضة أيضًا ، أي الحداد بلا همزة في أوله ، والإحداد بهمزة لغتان مستعملتان ، وقد مضى الكلام فيه عن قريب م: (**أن تترك الطيب**) ش: أي تترك المعتدة استعمال الطيب م: (**والزينة**) ش: أي واستعمال الزينة م: (**والكحل**) ش: بضم الكاف ، أي يترك الكحل ، وهو مصدر ، وبالضم اسم م: (**والدهن**) ش: أي واستعمال الدهن م: (**والمطيب ، وغير المطيب إلا من عذر**) ش: هكذا لفظ القدوري ولفظ محمد .

م: (**وفي« الجامع الصغير» : إلا من وجع**) ش: وهو إشارة إلى أن العذر هو التداوي م: (**والمعنى فيه وجهان**) ش: أي في إيجاب ترك الطيب والزينة وجهان م: (**أحدهما ما ذكرناه من إظهار التأسف**) ش: على زوال النكاح م: (**والثاني**) ش: أي وجه الثاني م: (**أن هذه الأشياء**) ش: أي الطيب والزينة والكحل والدهن م: (**دواعي الرغبة فيها**) ش: أي في المرأة ، لأنها إذا كانت مطيبة متزينة تريد رغبة الرجل فيها فوق ما يكون إذا كانت خالية عن الأشياء المذكورة م: (**وهي ممنوعة عن النكاح**) ش: أي المرأة المحدة ممنوعة عن النكاح ، ما دامت في عدة النكاح والوفاة م: (**فتجتنبها**) ش: أي إذا كان الأمر كذلك تجتنب هذه المحدة الأشياء المذكورة م: (**كيلا تصير ذريعة**) ش: أي كيلا تصير هذه الأشياء وسيلة م: (**إلى الوقوع في المحرم**) ش: أي الحرام .

م: (**وقد صح أن النبي ﷺ لم يأذن للمعتدة في الاكتحال**) ش: أراد بالمعتدة التعميم ، ولم يرد غير المتوفى عنها زوجها خاصة ، كذا قال مخرج الأحاديث في تخريجه . وقوله : وقد صح النهي عن الاكتحال ، فإن الأئمة الستة قد أخرجوه في «كتبهم» مختصرًا ومطولاً عن زينب بنت أم سلمة عن أمها امرأة توفي عنها زوجها فخافوا على عينها ، فأتوا النبي ﷺ فاستأذنوه في الكحل، فقال رسول الله ﷺ : «لا-مرتين أو ثلاثة- حتى تمضي أربعة أشهر وعشرًا »، وأما على الدهن فلم يصح شيء ، غير أنه إذا كان مطيبًا فظاهر أنها ممنوعة عن الطيب وإن لم يلق فيه على ما يجيء الآن .

م: (**والدهن**) ش: مبتدأ وقوله : م: (**لا يعرى**) ش: خبره ، وأشار بهذا إلى أن الدهن ممنوع

عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ، ولهذا يمنع المحرم عنه ، قال : «إلا من عذر » لأنه فيه ضرورة ، والمراد الدواء لا الزينة ، ولو اعتادت الدهن فخافت وجعًا فإن كان ذلك أمرًا ظاهرًا يباح لها ؛ لأن الغالب كالواقع ، وكذا لبس الحرير إذا احتاجت إليه لعذر لا بأس به .ولا تختضب بالحناء ، لما روينا. ولا تلبس ثوبًا مصبوغًا بعصفر، ولا بزعفران ؛ لأنه يفوح منه رائحة الطيب .

مطلقًا لأنه في ذاته لا يعرى م: (عن نوع طيب) ش: وإن لم يلق فيه الطيب ، ولهذا قال : عن نوع طيبم: (وفيه زينة الشعر) ش: لأنه يحسنه ويزيد فيه بهجة م: (ولهذا) ش: أي ولأجل كونه زينة للشعر م: (يمنع المحرم عنه) ش: فلا يجوز استعماله م: (قال : إلا من عذر) ش: أي قال القدوري : تترك المحدة الأشياء المذكورة من الطيب والزينة والكحل والدهن إلا من عذر وضرورة وقعت ، فحينئذ يجوز [لا] الادهان والاكتحال على وجه الزينة ، كما إذا كان بها صداع فدهنت رأسها واشتكت عينيها فاكتحلت ، وأشار المصنف إلى ذلك بقوله : م: (لأن فيه ضرورة ، والمراد الدواء لا الزينة) ش: أي لا قصد الزينة ، لأن الزينة ممنوعة .

م: (ولو اعتادت الدهن) ش: بفتح الدال م: (فخافت وجعًا) ش: في رأسها أو في عضو من أعضائها م: (فإن كان ذلك أمرًا ظاهرًا) ش: أي كان خوفها الوجع ظاهرًا غالبًا م: (يباح لها ؛ لأن الغالب كالواقع) فتحقق الضرورة م: (وكذا لبس الحرير) ش: أي وكذا يجوز لها لبس الحرير م: (إذا احتاجت إليه لعذر لا بأس به) ش: والعذر نحو الحكة والقمل ونحوهما ، وروى البخاري ومسلم مسندًا إلى أنس رضي الله تعالى عنه قال : رخص النبي ﷺ للزبير وعبد الرحمن في لبس الحرير لحكة كانت بهما ، وقال مالك : يباح للمعتدة لبس الحرير الأسود .

وفي «المحيط» : لو اكتحلت وادهنت لرفع أذى يجوز ، وللزينة لا يجوز ، وتمتشط بالأسنان الواسعة لا بالأسنان الضيقة . وقال الشافعي ومالك وأحمد : يجوز الامتشاط مطلقًا ، وعندهم لها أن تدخل الحمام وتغسل رأسها بالخطمي والسدر . وأجمعوا على منع الأدهان المطيبة، واختلفوا في غير المطيبة ، فعندنا والشافعي حرام لغير الضرورة . وعند مالك وأحمد والظاهرية تدهن بالزيت والسيرج الغير المطيب .

م: (ولا تختضب بالحناء لما روينا) ش: أراد به قوله عليه السلام : «الحناء طيب » ، ومر الكلام فيه م: (ولا تلبس ثوبًا مصبوغًا بعصفر ولا زعفران؛ لأنه يفوح منه رائحة الطيب) ش: وفي « الكافي » : إلا إذا لم يكن لها ثوب إلا المصبوغ ، فحينئذ لا بأس به بضرورة ستر العورة ، ولكن لا تقصد الزينة . قال الإمام الحلواني : والمراد بالثياب المذكورة الجدد منها ، أما الخلق منها لا يقع به الزينة ، فلا بأس ، به ويباح لها لبس الأسود عند الأئمة الأربعة أن لا يقصد به الزينة بل أبلغ في الحدادة . قالت الظاهرية : يجتنب عن لبس السواد كما في المصبوغ بالحمرة والخضرة ، ولا تخفر المعتدة على الطيب ولا تجزئه ولا تبيعه و[لو] لم يكن كسب إلا منه ، ولم يوافق عليه .

قال : ولا إحداد على كافرة ؛ لأنها غير مخاطبة بحقوق الشرع ، ولا على صغيرة ؛ لأن الخطاب موضوع عنها ، وعلى الأمة الإحداد لأنها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه إبطال حق المولى ، بخلاف المنع من الخروج من البيت في العدة ؛ لأن فيه إبطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته. قال : وليس في عدة أم الولد ولا في عدة

قال محمد في «النوادر»: لا يحل الإحداد لمن مات أبوها أو ابنها أو أمها أو أخوها، فإنما هو في حق الزوج خاصة . قيل: أراد بذلك فيما زاد على الثلاثة إذ في الحديث إباحة الإحداد للمسلمات على غير أزواجهن ثلاثة أيام . ولم يحك خلافًا في «المنهاج» لها الإحداد على غير الزوج ثلاثة أيام وتحرم الزيادة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ولا إحداد على كافرة ؛ لأنها غير مخاطبة بحقوق الشرع**) ش: وقال الشافعي ومالك والظاهرية : عليها الإحداد م: (**ولا على صغيرة ؛لأن الخطاب موضوع عنها**) ش: يعني غير داخلة في الخطاب ، وعند هؤلاء عليها الحداد ، وفي عدة الوفاة .

فإن قلت : ما الفرق بين الحداد والعدة ؟ حيث تجب العدة على الصغيرة .

قلت : لا نسلم أن العدة تجب عليها ، لأنها ليست بمخاطبة ، بل الولي يؤمر بأن لا يزوجها حتى تنقضي العدة لحق الشرع ، ولهذا شرط الإيمان لوجوبه ، وإنما يشترط الإيمان لحق الله تعالى، فعلى هذا لا حاجة إلى الفرق لعدم وجوب العدة أيضًا .

م: (**وعلى الأمة الإحداد ؛ لأنها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه إبطال حق المولى**) ش: لأن فروع الشرع التي ليس فيها إبطال حق المولى يلزم المملوكة كالصوم والصلاة فيلزمها الحداد م: (**بخلاف المنع من الخروج من البيت في العدة ؛ لأن فيه**) ش: أي في منعها من الخروج م: (**إبطال حقه**) ش: أي حق المولى من الاستخدام ونحوه ، ولا يفوت الإحداد بذلك .

م: (**وحق العبد مقدم**) ش: على حق الشرع م: (**لحاجته**) ش: أي لحاجة العبد ، واستغناء الشرع ، ألا ترى أن للمولى منعها من النوافل ، ومنع المعتدة من شهود الجمعة والجماعة . وكذا الحكم في المدبرة وأم الولد والمكاتبة والمستسعاة والمنكوحات في الوفاة والطلاق لفوات نعمة النكاح، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد .

فإن قلت : لو وجب الحداد لفوات نعمة النكاح لوجب بعد شراء منكوحته لزوال النكاح بالشراء .

قلت : لم يفت الحال ببقائه بملك اليمين .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وليس في عدة أم الولد**) ش: يعني إذا أعتقت م: (**ولا في عدة**

النكاح الفاسد حداد ؛لأنه ما فاتها نعـمة النكاح لتظهر التأسف ، والإباحة الأصل . ولا ينبغي أن تخطب المعتدة ، ولا بأس بالتعريض في الخطبة

النكاح الفاسد إحداد ؛ **لأنه**) ش: أي لأن الشأن م: (**ما فاتها نعـمة ، النكاح لتظهر التأسف**) ش: أما أم الولد إنما يجب عليها العدة بالعتق الذي يزول به ذلك العتق ، فالمناسب لذلك السرور لا الحزن ، لأن ما فاتها نعمة ، بل حصل نعمة الحرية التي صارت بها أهلاً للولاية ، وأما النكاح الفاسد ، وكذا الوطء عن شبهة ، فلا يلزم الحداد م: (**والإباحـة الأصل**) ش: كان ينبغي أن يقـول الأصل الإباحة . قال الأترازي : أراد بها إباحة الزينة لها ، وذلك لقوله تعالى : ﴿ **قل من حـرم زينة الله التي أخرج لعبـاده** ﴾ م: (الأعراف الآية ٣٢) ، وقال الكاكي : أي إباحة الزينة أصل خصوصًا في حق النساء . وقال الأكمل : الأصل هو الإباحة في الزينة . وقال السغناقي : إباحة الزينة أصل ، والكل في الحقيقة معنى واحد .

وقال تاج الشريعة : فإن قلت : ما وجه إيراد قوله : والإباحة أصل ؟

قلت : وجهه أنه لما ذكر قوله : فإنها نعمة النكاح يمكن أن يقال عليه إن هذا تعليل بالعدم ، وإنه لا يصح ، فأجاب بقوله : والإباحة أصل ، يعني أنه لا يثبت بعدم فوات نعمة النكاح ، بل بالأصل المقتضي للإباحة السالم من وجود العلة المحرمة للزينة ، انتهى .

قلت : تخصيص إباحة الزينة بكونها أصلاً على الانفراد لا وجه له ؛ لأن الأصل الإباحة في كل الأشياء التي منعت قولاً أو فعلاً على أن مذهب فخر الإسلام أن الإباحة ليست بأصل . م: (**ولا ينبغي أن تخطب المعتدة**) ش: خطبة التزوج ، ونكاح المعتدة لا يجوز ، وقد مر في المحرمات م: (**ولا بأس بالتعريض في الخطبة**) ش: التعريض التلويح ، وحقيقته إمالة الكلام إلى غرض يدل على التعرض ، منه قوله -عليه السلام- : « **إن في المعاريض لمندوحة عن الكذب** »[1] ، وذلك مثل أن يقول : إنك لجميلة ، وإنك لشابة ، وإن النساء لمن حاجتي ، فلعل الله يسوق إليك خيرًا وما أشبه ذلك من الإشارة دون التصريح بالنكاح أن لا يجوز أن يقول صريحًا : أريد أن أنكحك أو أتزوجك أو أخطبك ؛ لأن الخطبة التزوج كما ذكرنا ، والفرق بين الكناية والتعريض أن الكناية أن يذكر الشيء بغير اللفظ الموضوع له كقولك : طويل النجاد لطويل القامة ، كثير الرماد للمضياف .

---

(١) أخرجه البخاري في الأدب المفرد (ص ٢٥٨) باب المعاريض ، من طريق شعبة عن قتادة عن مطرف بن عبد الله قال : صحبت عمران بن حصين إلى البصرة ، فما أتى علينا يوم إلا أنشدنا فيه الشعر ، قال : إن في معاريض الكلام لمندوحة عن الكذب ، وهذا من كلام عمران رضي الله عنه . وأخرجه أيضًا موقوفاً على عمر - رضي الله عنه - بلفظ « أما في المعاريض ما يكفي المسلم عن الكذب » وترجم له في صحيحه « باب المعاريض مندوحة عن الكذب » .

ورواه ابن عدي مرفوعًا بأسانيد واهية . ذكرها الحافظ في الفتح .

لقوله تعالى : ﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سراً إلا أن تقولوا قولاً معروفًا ﴾ البقرة الآية : (٢٣٥) .

والتعريض أن يذكر شيئًا يدل على شيء لم يذكره ، كما يقول المحتاج للمحتاج إليه : جئتك لأسلم عليك ، ولأنظر إلى وجهك ، قاله الزمخشري . وقال تاج الشريعة : التعريض الكلام دلالة ليس له فيها ذكر ، كقولك : ما أقبح البخل تعريض بأنه بخيل ، والكناية ذكر الرديف وإرادة المردوف كقولك : فلان طويل النجاد ، يعني طويل القامة . كثير الرماد ، يعني أنه مضياف . وفي شرح التأويلات أراد بالتعريض للمتوفى عنها زوجها ، إذ التعريض لا يجوز في المطلقة بالإجماع ، لأنه لا يجوز لها الخروج من مهر لها أصلاً فلا يتمكن من التعريض على وجه لا يخفى عن الناس .

وأما المتوفى عنها زوجها لها الخروج نهاراً فيمكنه التعريض على وجه لا يقف عليه سواها ، وأجمعوا على منع الخطبة وجواز التعريض في المتوفى عنها زوجها . وفي «المنهاج» : لا تعريض لرجعية ، ويحل في عدة الوفاة . وكذا في البائن في الأظهر .

لقوله تعالى : ﴿ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سرًا إلا أن تقولوا قولاً معروفًا ﴾ (البقرة الآية : ٢٣٥) ش: قوله تعالى : ﴿ **ولا جناح عليكم** ﴾ أي : لا إثم عليكم أن تعرضوا بخطبة النساء في عدتهن من وفاة أزواجهن من غير تصريح . قوله تعالى : ﴿ **أو أكننتم**﴾ أي أسررتم في قلوبكم فلم تذكروه بألسنتكم لا معرضين ولا مصرحين ، والمستدرك بقوله تعالى : ﴿ **ولا تواعدوهن** ﴾ محذوف تقديره علم الله أنكم ستذكرونهن فاذكروهن : ﴿ **ولكن لا تواعدوهن سرًا** ﴾ أي وطئًا ، لأنه مما يسر .

وقال الحسن والنخعي وقتادة والضحاك ومقاتل بن حيان والسري : يعني الزنا ، وهو رواية العوفي عن ابن عباس ، واختاره ابن جرير . وقال علي بن أبي طلحة عن ابن عباس ﴿ **ولكن لا تواعدوهن سرًا** ﴾ لا تقولوا لها : إني عاشق وعاهديني أن لا تتزوجي غيري ، ونحو هذا، قوله تعالى: ﴿ **إلا أن تقولوا قولاً معروفًا** ﴾ وهو أن تعرضوا ولا تصرحوا والاستثناء يتعلق بقوله تعالى : ﴿**ولا تواعدوهن** ﴾ أي لا تواعدوهن مواعدة قط إلا مواعدة معروفة ، فسر القول المعروف سعيد ابن جبير بما ذكره المصنف على ما يجيء الآن ، وكذا فسره مجاهد والثوري والسدي . وقال ابن سيرين : قلت لعبيدة ما معنى قوله تعالى : ﴿ **إلا أن تقولوا قولاً معروفًا** ﴾؟ قال: يقول لوليها : لا تسبقني بها ، يعني لا تزوجها حتى تعلمني ، رواه ابن أبي حاتم .

وقال -عليه السلام-: «السر النكاح» ، وقال ابن عباس -رضي الله عنهما- التعريض أن يقول: إني أريد أن أتزوج ، وعن سعيد بن جبير في القول المعروف: إني فيك لراغب وإني لأرجو أن نجتمع . ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلاً ولا نهاراً ، والمتوفى عنها زوجها تخرج نهاراً وبعض الليل ، ولا تبيت في غير منزلها ، أما المطلقة فلقوله تعالى : ﴿ لا تخرجوهن من بيوتهن ، ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ﴾ (الطلاق الآية :١) قيل الفاحشة نفس الخروج . وقيل: الزنا ويخرجن لإقامة الحد .

م: (**وقال - عليه السلام- : السر النكاح**)[١] ش: هذا غريب ، قاله مخرج الأحاديث ، أراد أنه لم يثبت ولم يتعرض إليه أحد من الشراح ، غير أن الأترازي قال: ولنا في صحة هذا الحديث عن النبي ﷺ نظر .

م: (**وقال ابن عباس- رضي الله عنهما -: التعريض أن يقول إني أريد أن أتزوج**) ش: أخرجه البخاري عن مجاهد عن ابن عباس : ﴿ **لا جناح عليكم فيما عرضتم** ﴾ يقول: إني أريد التزوج ولووددت أن يتيسر لي امرأة صالحة .

م: (**وعن سعيد بن جبير في القول المعروف: إني فيك لراغب ، وإني لأرجو أن نجتمع**) ش: أخرجه البيهقي عنه﴿ **إلا أن تقولوا قولاً معروفًا**﴾ قال: يقول إني فيك لراغب، وإني لأرجوا أن نجتمع .

م: (**ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة**) ش: أي المطلقة طلاقًا بائنًا ، إما واحدة بائنة ، [أو] ثلاثًا م: (**الخروج من بيتها ليلاً ولا نهارًا ، والمتوفى عنها زوجها تخرج نهاراً وبعض الليل ، ولا تبيت في غير منزلها**) ش: وأوجب المبيت على المتوفى عنها زوجها عمر وعثمان وابن مسعود وابن عمر وأم سلمة -رضي الله تعالى عنهم- ، وبه يقول ابن المسيب والقاسم بن محمد والأوزاعي ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق بن راهويه وأبي عبيدة وجماعة من فقهاء الأمصار ، وعن علي وابن مسعود وجابر وعائشة -رضي الله تعالى عنهم- أنها تعتد حيث شاءت ، وهو قول الحسن وعطاء والظاهرية .

م: (**أما المطلقة**) ش: أي أما الدليل على عدم جواز خروج المطلقة من بيتها ليلاً ونهارًا م: (**فلقوله تعالى : ﴿ لا تخرجوهن من بيوتهن ، ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ﴾(الطلاق الآية : ١)** م: (**قيل: الفاحشة نفس الخروج**) ش: قاله إبراهيم النخعي، وبه قال أبو حنيفة، فيكون معناه إلا أن يكون خروجها فاحشة كما يقال لا يسب النبي إلا كافرًا ، ولا يزني أحد إلا أن يكون فاسقًا.

م: (**وقيل: الزنا**) ش: أي الفاحشة هي الزنا م: (**ويخرجن لإقامة الحد**) ش: عليهن، قاله ابن مسعود -رضي الله تعالى عنه -، وبه أخذ أبو يوسف . وقال ابن عباس : هو نشوزها، أو تكون

---

(١) قال الحافظ الزيلعي في النصب : غريب ، قلت : ولم أجده .

وأما المتوفى عنها زوجها؛ فلأنه لا نفقة لها ، فتحتاج إلى الخروج نهاراً لطلب المعاش ، وقد يمتد إلى أن يهجم الليل، ولا كذلك المطلقة ؛ لأن النفقة دارة عليها من مال زوجها ، حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل : إنها تخرج نهاراً ، وقيل : لا تخرج ؛ لأنها أسقطت حقها ، فلا يبطل به حق عليها . وعلى المعتدة أن تعتد في المنزل الذي يضاف إليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت؛ لقوله تعالى ﴿ لا تخرجوهن من بيوتهن ﴾ (الطلاق الآية : ١) ، والبيت المضاف إليها هو البيت الذي تسكنه ، ولهذا لو زارت أهلها وطلقها زوجها كان عليها أن تعود إلى منزلها فتعتد فيه .

وقال - عليه السلام- للتي قتل زوجها: « اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله »

بذية اللسان تبذءًا على[أهل] زوجها زوجها م: (وأما المتوفى عنها زوجها) ش: أي وأما جواز خروج المتوفى عنها زوجها نهارًا أو بعض الليل م: (فلأنه لا نفقة لها ، فتحتاج إلى الخروج نهاراً لطلب المعاش) ش: وقيل: لا تخرج لأنها أسقطت م: (وقد يمتد إلى أن يهجم الليل ، ولا كذلك المطلقة ؛ لأن النفقة دارة عليها من مال زوجها ، حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل: إنها تخرج نهارًا وقيل: لا تخرج؛ لأنها أسقطت حقها فلا يبطل به) ش: أي بإسقاط حقها م: (حق عليها) ش: وفي شرح «الكافي »وإن كانت غنية فلها أن تخرج لأنها لا تخاطب بما هو أعظم من هذا في حق الشرع كالصلاة والحدود ، وليس للزوج أن يمنعها في الطلاق البائن ، لأنه لم يبق لها عليه ملك ولا يتوهم ، قالوا : إلا أن تكون مراهقة يتوهم أن تحبل ، فحينئذ هي كالكتابية .

م: (وعلى المعتدة أن تعتد في المنزل الذي يضاف إليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت ؛ لقوله تعالى: ﴿ لا تخرجوهن من بيوتهن ﴾ (الطلاق الآية :١) ، والبيت المضاف إليها هو البيت الذي تسكنه) ش: نسب البيوت إليهن بحق السكنى ، ولما قال الله تعالى : ﴿وقرن في بيوتكن ﴾ (الأحزاب الآية: ٣٣) ، وإنما البيوت للأزواج ، والسكنى عام يشمل البيت المملوك والمستأجر والمستعار جميعًا .

م: (ولهذا) ش: أي ولأجل وجوب اعتدادها في المنزل الذي يضاف إليهن بالسكنى م: (لو زارت أهلها وطلقها زوجها ، كان عليها أن تعود إلى منزلها فتعتد فيه ، وقال -عليه السلام -) ش: أي وقال النبي ﷺ م: (للتي قتل زوجها :« اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله ») ش: هذا الحديث أخرجه أصحاب «السنن» الأربعة كلهم من طريق سعد بن إسحاق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب بنت كعب بن عجرة ،أن الفريعة بنت مالك بن سنان وهي أخت أبي سعيد الخدري أخبرتها أنها جاءت إلى رسول الله ﷺ فسألته أن ترجع إلى أهلها في بني خدرة وأن زوجها خرج في طلب عبيد أبقوا حتى إذا كان بطرف القدوم ، لحقهم فقتلوه.

....

قالت : فسألت رسول الله ﷺ « أن أرجع إلى أهلي فإن زوجي لم يترك مسكنًا يملكه ولا نفقة . قالت : فقال رسول الله ﷺ : «نعم» . قالت : فانصرفت حتى إذا كنت في الحجرة (أو في المسجد) ناداني رسول الله ﷺ (أو أمر بي فنوديت له) ، فقال : «كيف قلت ؟» : فرددت عليه القصة التي ذكرت له من شأن زوجي ، قال : «اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله » . قالت فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشراً ، قالت : فلما كان عثمان -رضي الله تعالى- عنه أرسل إلي ، فسألني عن ذلك ، فأخبرته فاتبعه وقضى به» [(١)] . أخرجه الترمذي . حدثنا الأنصاري ، أنبأنا معين ، أنبأنا مالك عن سعد بن إسحاق إلى آخره ، ثم قال : هذا حديث حسن صحيح .

أخرجه أبو داود والنسائي من طريق مالك ، وأخرجه ابن ماجة من رواية أبي خالد الأحمر . ورواه أحمد وإسحاق وأبو داود الطيالسي الشافعي وأبو يعلى الموصلي في «مسانيدهم» . ورواه ابن حبان في «صحيحه» ، وأخرجه الطحاوي من ثمان طرق . وقد طعن ابن حزم فيه ، بأنه من طريق زينب بنت كعب بن عجرة ، وهي مجهولة ، ولا روى عنها غير سعد بن إسحاق بن كعب وهو غير مشهور . وأجيب بأنه لا يلتفت إلى كلامه بعد أن حكم الترمذي بصحته .

وقال ابن المنذر : ثبت دليل حديث زينب وفي تصحيح الترمذي إياه توثيقها وتوثيق سعد بن إسحاق ، ولا يضر الثقة أن لا يروي عنه إلا واحد . قال ابن عبد البر : حديث مشهور معروف عند علماء العراق والحجاز ، واعلم أنه وقع في رواية يحيى بن يحيى عن مالك عن سعيد بن إسحاق بزيادة الياء بعد العين . وكذا وقع في رواية عبد الرزاق والبخاري في تاريخه ، ووقع في رواية الجمهور عن سعد بدون الياء ، وهو تصحيف بطرف القدوم بفتح القاف وضم الدال المخففة ، وهو اسم موضع على ستة أميال من المدينة .

وجاء في حديث آخر أن إبراهيم عليه السلام اختتن بالقدوم ، قوله : «حتى يبلغ الكتاب

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٣٠٠) باب (في المتوفى عنها تنتقل) ، والترمذي (١٢٠٤) باب (ما جاء أن تعتد المتوفى عنها زوجها) ، وابن ماجة (٢٠٣١) والنسائي (٢٠٣١) ، عن سعد بن إسحاق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب بنت كعب عن فريعة بنت مالك بن سنان ، وهي أخت أبي سعيد الخدري . قال الحاكم (٢/ ٢٢٧) : هذا حديث صحيح الإسناد من الوجهين جميعاً ، لم يخرجاه . رواه مالك بن أنس في الموطأ ، وعن سعد بن إسحاق بن كعب بن عجرة . قال محمد بن يحيى الزهلي : هذا حديث صحيح محفوظ ، وهما اثنان سعد بن إسحاق وهو أشهرهما وإسحاق بن سعد بن كعب ، وقد روى عنهما جميعاً يحيى بن سعيد الأنصاري فقد ارتفعت عنهما جميعاً الجهالة .

قلت : قد اعتبرهما الحافظ ابن حجر واحد وهو سعد بن إسحاق ، لذلك ترجم له هو ، ولم يترجم لإسحاق بن سعد .

وإن كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها فأخرجها الورثة من نصيبهم ، انتقلت لأن هذا انتقال بعذر ، والعبادات تؤثر فيها الأعذار ، فصار كما إذا خافت على متاعها أو خافت سقوط المنزل أو كانت فيها بأجر ولا تجد ما تؤديه . ثم إن وقعت الفرقة بطلاق بائن أو ثلاث ، لا بد من سترة بينهما ثم لا بأس لأنه معترف بالحرمة إلا أن يكون فاسقًا يخاف عليها منه ، فحينئذ تخرج ، لأنه عذر.

أجله »، يعني لا تخرجي حتى تنقضي عدتك .

فإن قلت : حديث يشكل على المذهب ، وهو ما رواه الدارقطني عن محبوب بن محرز عن أبي مالك النخعي عن عطاء بن السائب ، عن علي -رضي الله عنه- **قال** : إن النبي ﷺ **أمر المتوفى عنها زوجها أن تعتد حيث شاءت** [1] .

قلت : قال الدارقطني : لم يسنده غير أبي مالك النخعي ، وهو ضعيف . وقال ابن القطان : ومحبوب بن محرز أيضًا ضعيف وعطاء مختلط .

م: (**وإن كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها**) ش: بأن كان نصيبها وحدها لا يكفيها م: (**فأخرجها الورثة من نصيبهم**) ش: بأن لم يرضوا بسكناها م: (**انتقلت لأن هذا انتقال بعذر ، والعبادات تؤثر فيها الأعذار**) ش: والدليل عليه ما روي أن عليًا -رضي الله تعالى عنه- نقل ابنته أم كلثوم حين قتل عمر -رضي الله تعالى عنه -من بيت العدة ، لأن عمر -رضي الله تعالى عنه- كان يسكن في دار الإمارة ، وقد انتقلت الدار إلى عثمان -رضي الله تعالى عنه- م: (**فصار كما إذا خافت على متاعها**) ش: في ذلك المنزل من سرقة أو نهب .

م: (**أو خافت سقوط المنزل**) ش: عليها م: (**أو كانت فيها بأجر**) ش: يعني بأجرة م: (**ولا تجد ما تؤديه**) ش: أي لا تقدر على أدائها ، وكذا إذا كانت في بعض الرساتيق ، فدخل عليها من السلطان أو غيره ، فلها أن تنتقل إلى المصر م: (**ثم إن وقعت الفرقة بطلاق بائن أو ثلاث**) ش: أي ثلاث تطليقات م: (**لا بد من سترة بينهما**) ش: أي بين الرجل والمرأة . قال في «النهاية» : يعني إذا لم يكن للزوج إلا بيت واحد ، وكذا هذا في الوفاة ، إذا كان في ورثة من ليس بمحرم م: (**ثم لا بأس**) ش: أي بعد وجود السترة ، لا بأس أن يسكنها في بيت واحد م: (**لأنه**) ش: أي لأن الرجل مسلم م: (**معترف بالحرمة**) ش: وحال من هو كذا يجتنب الحرام م: (**إلا أن يكون فاسقًا**) ش: استثناء من قوله لا بأس مع السترة م: (**يخاف عليها منه ، فحينئذ تخرج لأنه عذر**) ش: ولو كانت بينهما سترة ، فيكون ذلك المنزل كالمنزل الأول ، فلا تنتقل منه إلا ببعض الأعذار وهو معنى قوله :

---

(١) أخرجه الدارقطني (ص ٤٠١) من طريق محبوب بن محرز عن أبي مالك النخعي عن عطاء بن السائب عن علي . مرفوعاً .

قلت : وهذا حديث مسلسل بالضعفاء .

ولا تخرج عما انتقلت إليه . والأولى أن يخرج الزوج ويتركها وإن جعلا بينهما امرأة ثقة ، تقدر على الحيلولة فحسن . وإن ضاق عليهما المنزل فلتخرج ، والأولى خروجه . وإذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة فطلقها ثلاثًا أو مات عنها ، فإن كان بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام ، رجعت إلى مصرها لأنه ليس بابتداء الخروج معنى بل هو بناء . وإن كانت مسيرة ثلاثة أيام إن شاءت رجعت ، وإن شاءت مضت سواء كان معها ولي أو لم يكن .معناه إذا كان إلى المقصد ثلاثة أيام أيضًا ، لأن المكث في ذلك المكان أخوف عليها من الخروج ، إلا أن الرجوع أولى ، ليكون الاعتداد في منزل الزوج

م: (**ولا تخرج عما انتقلت إليه**) ش: أي ولا تخرج عن المنزل الذي انتقلت إليه . قالوا في شرح «الجامع الصغير» : وإن أخرج الزوج فهو أولى وهو معنى قوله م: (**والأولى أن يخرج الزوج**) ش: منال بيت م: (**ويتركها**) ش: فيه احتراز عن الخروج . م: (**وإن جعلا**) ش: أي الزوجان م: (**بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة**) ش: أي على كونها حائلة بينهما م: (**فحسن**) ش: لحصول المقصود . وإن لم يجد امرأة ثقة ، فلها الانتقال إلى منزل آخر . ولو كان الزوج غائبًا ، تعطي أجرة المنزل إذا طلبها صاحبها بإذن القاضي لترجع على الزوج .

م: (**وإن ضاق عليهما المنزل فلتخرج**) ش: أي المرأة م: (**والأولى خروجه**) ش: أي خروج الرجل ، فيكتري منزلاً آخر لنفسه ، ويتركها في المنزل الذي وقعت فيه الفرقة م: (**وإذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة فطلقها ثلاثًا أو مات عنها**) ش: في بعض الطريق م: (**فإن كان بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام رجعت إلى مصرها ة لأنه ليس بابتداء الخروج معنى**) ش: أي من حيث المعنى ، لأن خروج المعتدة ما دون السفر مباح م: (**بل هو بناء**) ش: على الخروج الأول م: (**وإن كانت**) ش: أي المعتدة بينها وبين مصرها م: (**مسيرة ثلاثة أيام إن شاءت رجعت**) ش : إلى مصرها م: (**وإن شاءت مضت**) ش: إلى مقصدها .

م: (**سواء كان معها ولي أو لم يكن**) ش: أي معنى قول محمد ، لأن المسألة من مسائل «الجامع الصغير» . وذكر محمد إن كانت ثلاثة أيام رجعت إلى مصرها ، وإن شاءت مضت م: (**معناه إذا كان إلى المقصد ثلاثة أيام أيضًا ؛ لأن المكث في ذلك المكان أخوف عليها من الخروج**) ش: أي الخوف عليها أكثر من خوف الخروج بغير محرم . كالتي أسلمت في دار الحرب لها أن تهاجر بغير محرم لخوفها على نفسها ودينها . فهذا في المفازة كذلك ولو كان المصر يقرب منها على غير طريق القافلة ، فليس لها أن تختلف عن القافلة . كذا في « شرح الطحاوي » .

م: (**إلا أن الرجوع أولى**) ش: استثناء من قوله إن شاءت رجعت وإن شاءت مضت ، أي إلا أن الرجوع إلى مصرها أولى م: (**ليكون الاعتداد في منزل الزوج**) ش: لأنه حينئذ تقع عدتها في

قال : إلا أن يكون طلقها أو مات عنها زوجها في مصر ، فإنها لا تخرج حتى تعتد ، ثم تخرج إن كان لها محرم وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله- وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله- إن كان معها محرم فلا بأس بأن تخرج من المصر قبل أن تعتد . لهما أن نفس الخروج مباح دفعًا لأذى الغربة ووحشة الوحدة .وهذا عذر ، وإنما الحرمة للسفر ، وقد انقطعت بالمحرم ، وله أن العدة أمنع من الخروج من عدة المحرم ، فإن للمرأة أن تخرج إلى ما دون السفر بغير محرم . وليس للمعتدة ذلك فلما حرم عليها الخروج إلى السفر بغير محرم ففي العدة أولى

المنزل الذي أمرت به في قوله عليه السلام : اسكني في بيتك .

م: (**قال**) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» م: (**إلا أن يكون طلقها أو مات عنها زوجها في مصر**) ش: استثناء من قوله إن شاءت رجعت وإن شاءت مضت ، يعني أن لها الخيار في ذلك ، إلا إذا كانت المفارقة في مصر م: (**فإنها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج**) ش: يعني بعد انقضاء عدتها م: (**إن كان لها محرم وهذا**) ش: أي المذكور م: (**عند أبي حنيفة -رحمه الله- وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله -: إن كان معها محرم فلا بأس بأن تخرج من المصر قبل أن تعتد**) ش: وهو قول أبي حنيفةأولاً م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد م: (**أن نفس الخروج مباح**) ش: بالاتفاق بدليل أنها تخرج إلى ما دون السفر بالاتفاق م: (**دفعًا لأذى الغربة ووحشة الوحدة ، وهذا عذر ، وإنما الحرمة للسفر وقد انقطعت**) ش: أي الحرمة م: (**بالمحرم**) ش: أي بوجود المحرم ، فصار السفر مع المحرم كما دون السفر بدون المحرم .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة م: (**أن العدة أمنع من الخروج من عدم المحرم ، فإن للمرأة أن تخرج إلى ما دون السفر بغير محرم ، وليس للمعتدة ذلك ، فلما حرم عليها الخروج إلى السفر بغير محرم ففي العدة أولى**) ش: بأن يحرم ، وفي « المحيط » : البدوي طلق امرأته ، فأراد نقلها ، إلى مكان آخر ، فإن لم تتضرر ، يتركها في ذلك الموضع نفسه وما ليس له ذلك، وإن تضررت فله ذلك لأن الضرورات تبيح المحظورات .

* * *

باب ثبوت النسب

ومن قال : إن تزوجت فلانة فهي طالق ، فتزوجها فولدت ولداً لستة أشهر من يوم تزوجها فهو ابنه وعليه المهر ، وأما بالنسب فلأنها فراشه ؛ لأنها لما جاءت بالولد لستة أشهر من وقت النكاح ، فقد جاءت به لأقل منها من وقت الطلاق ، فكان العلوق قبله في حالة النكاح ، والتصور ثابت بأن تزوجها وهو مخالطها ، فوافق الإنزال النكاح، والنسب يحتاط في إثباته ،

م: (باب ثبوت النسب)

ش:أي هذا باب في بيان ثبوت النسب لما ذكر أنواع المعتدات ذوات الأقراء والأشهر وأولات الأحمال ذكر ما يلزم من إعتداد أولات الأحمال وثبوت النسب .

م: **(ومن قال : إن تزوجت فلانة فهي طالق ، فتزوجها فولدت ولداً لستة أشهر من يوم تزوجها)** ش: أي من وقت تزوجها ، لأن اليوم قرن بفعل غير ممتد ، فيكون بمعنى الوقت ، يعني من غير زيادة ولا نقصان ، وإنما قيد بهذا لأنها إذا جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر وقت النكاح ، لا يثبت النسب، لأنها جاءت بالولد بعد الطلاق ظاهراً ، فلا يثبت النسب ولا تجب العدة ، وكذا إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت النكاح ، لا يثبت النسب أيضًا لأن العلوق يكون حينئذ قبل النكاح . م: **(فهو ابنه وعليه المهرو أما النسب)** ش: أي أما ثبوت النسب :

م: **(فلأنها)** ش: أي فلأن المرأة م: **(فراشه)** ش: قال عليه السلام : **« الولد للفراش وللعاهر الحجر» أي لصاحب الفراش** [1] . والفراش العقد كذا فسره الكرخي م: **(لأنها)** ش: أي لأن المرأة م: **(لما جاءت بالولد لستة أشهر من وقت النكاح فقد جاءت به)** ش: أي بالولدم: **(لأقل منها)** ش: أي من ستة أشهر ، م: **(من وقت الطلاق فكان العلوق قبله)** ش: أي قبل الطلاق م: **(في حالة النكاح،والتصور ثابت)** ش : أي تصور الوطء والإعلاق ثابت ، وبين ذلك بقوله م: **(بأن تزوجها)** ش: أي بأن يتزوج هذه المرأة م: **(وهو مخالطها)** ش: أي والحال أنه يجامعها ، يعني كأنه تزوجها وهو على بطنها والناس يسمعون كلامهما م: **(فوافق الإنزال النكاح)** ش: مقارنًا للطلاق ، وقال الأترازي : إذ من الجائز أن يكون على بطنها ، وحالة الإنزال تزوجها والشهود عنده ، أو قد علقت من ساعته فيكون وقت النكاح ووقت الوطء واحداً .

م: **(والنسب يحتاط في إثباته)** ش: أي فيثبت هذا أيضًا جواب عما يقال ، هذا تصور بعيد وأمر نادر ينبغي أن لا يثبت النسب ، كما هو قول زفر وقول محمد أولاً فأجاب بقوله : والنسب يحتاط في إثباته ، فيثبت استحسانًا ، لأنه يحتال في أمره كما ذكرنا .

ومن المشايخ من قال : لا يحتاج إلى هذا التكليف ، وقيام الفراش كاف ، ولا يعتبر إمكان

---

(١) صحيح : انظر صحيح أبي داود للعلامة الألباني .

وأما المهر ؛ فلأنه لما ثبت النسب منه جعل واطئًا حكمًا فتأكد المهر به ، قال : ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعة إذا جاءت به لسنتين أوأكثر، ما لم تقر بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق في حالة العدة ، لجواز أن تكون ممتدة الطهر ، وإن جاءت به لأقل من سنتين بانت من زوجها بانقضاء العدة ، وثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح أو في العدة ، ولا يصير مراجعًا ؛ لأنه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده ، فلا يصير مراجعًا بالشك

الدخول إذا النكاح قائم مقام الماء ، كما في تزوج المشرقي بالمغربية ، وبينهما مسيرة سنة ، فجاءت بالولد لستة أشهر يثبت النسب وإن لم يتوهم الدخول لبعده عنها، قيل التصور شرط فيه . ولهذا لو جاءت امرأة الصغير بولد ، لا يثبت نسبه ، وفي حق المشرقي الإسكان موجود .

م: (**وأما المهر؛ فلأنه لما ثبت النسب منه جعل واطئًا حكمًا ، فتأكد المهر به**) ش: أي بالوطء حكمًا وهو أقوى من الخلوة ، فيجب المهر كاملاً، وقال الفقيه أبو الليث : قال أبو يوسف في «الأمالي» : ينبغي في القياس أن يجعل على الزوج مهر ونصف ، لأنه قد وقع الطلاق عليها ، فوجب نصف المهر ومهر آخر بالدخول .

قال : إلا أن أبا حنيفة استحسن ، وقال : لا يجب إلا مهر واحد ، لأنا جعلناه بمنزلة الدخول في طريق الحكم ، فتأكد ذلك الصداق ، فاشتبه وجوب الزيادة م: (**قال : ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية إذا جاءت به لسنتين أو أكثر ، ما لم تقر بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز أن تكون ممتدة الطهر**) ش: فكان وطؤه اللازم من ثبوت النسب الواقع في العدة رجعة عليها م: (**وإن جاءت به لأقل من سنتين ، بانت من زوجها بانقضاء العدة**) ش: بوضع الحمل م: (**وثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح أو في العدة ، ولا يصير مراجعًا ؛ لأنه يحتمل العلوق قبل الطلاق ، ويحتمل بعده ، فلا يصير مراجعًا بالشك**) ش: فإن قيل ينبغي أن يصير مراجعًا لأن الوطء هنا حلال ، فأحيل العلوق إلى أقرب الأوقات ، وهي حالةالعدة إذ الأصل في الحوادث أن يحال أقرب الأوقات ، فتثبت الرجعة .

قلنا في ذلك العمل ، أمره على خلاف السنة لأنه يصير مراجعًا دون الإشهاد بالفعل . فأجل العلوق إلى ما قبل الطلاق صيانة لحالته كذا في «المبسوط» لشيخ الإسلام، وهذا كله إذا لم تقر بانقضاء العدة [للطلاق] البائن أو الرجعي . أما لو قرت بالانقضاء ، والمدة تصلح لثلاثة أقراء عند أبي حنيفة ستون يومًا وعندهما تسعة وثلاثون يومًا ، فإن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار، يثبت النسب لتيقنها ببطلان الإقرار إن ولدت لستة أشهر أو أكثر لا يثبت .

وكذا المتوفى عنها زوجها ، لو أقرت بانقضاء العدة بعد أربعة أشهر وعشرًا فهي على هذا التفصيل ،وإن لم تقر يثبت النسب إلى سنتين ، لأن عدة الوفاة يحتملها الانقضاء ، بانقضاء أربعة أشهر وعشرًا بوضع الحمل .

وإن جاءت به لأكثر من سنتين ، كانت رجعة ؛ لأن العلوق بعد الطلاق . والظاهر أنه منه ؛ لإنتفاء الزنا منها ، فيصير بالوطء مراجعًا والمبتوتة يثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من سنتين ؛ لأنه يحتمل أن يكون الولد قائمًا وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق ، فيثبت النسب احتياطًا ، وإذا جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة ، لم يثبت لأن الحمل حادث بعد الطلاق ، فلا يكون منه ، لأن وطأها حرام ، إلا أن يدعيه لأنه التزمه، وله وجه ، بأن وطأها بشبهة في العدة ،

م: (**وإن جاءت به**) ش: أي بالولد م: (**لأكثر من سنتين كانت رجعة ؛ لأن العلوق بعد الطلاق. والظاهر أنه منه**) ش: أي أن الولد من الرجل م: (**لانتفاء الزنا منها**) ش: أي لأجل انتفاء الزنا منها حملاً لحالها على الصلاح م: (**فيصير بالوطء مراجعًا**) ش: فإن قيل هاهنا وجه آخر من غير أن يلزم الزنا منها بأن يحمل أمرها على التزوج بآخر بعد انقضاء العدة . فإن قالت : والحال أنها لم تزوج ، قلنا : والحال أنه لو وطئها في العدة إذ لو وطئها تثبت الرجعة من غير تقرير هذا التكليف . فلما كان كذلك ، كان حمل أمرها على التزوج بآخر أولى ، لما فيه من رعاية الأصل ، وهو أنه لا يثبت الرجعة بالشرك ، قلنا نعم كذلك إلا أن الحكم في النكاح الأول أسهل من الحكم بإنشاء نكاح آخر .

قال الأكمل : وفيه نظر ، لأنه غير واقع ، بل هو التزام سؤال . والصواب في الجواب ، أن المراد بقوله لانتفاء الزنا عنها لازمه وهو تضييع الولد ، فيكون ذلك الملزوم وإراده اللازم وهو مجاز ، وحينئذ يندفع السؤال لأنا جعلنا الولد من نكاح شخص آخر مجهول بقي الولد ضائعًا . فكأنه قال لانتفاء التضييع منها بالزنا أو بما في معناه فيه .

م: (**والمبتوتة**) ش: أي المطلقة طلاقًا بائنًا أو ثلاثًا م: (**يثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من سنتين ؛ لأنه يحتمل أن يكون الولد قائمًا**) ش: أي ثابتًا م: (**وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق ، فيثبت النسب احتياطًا ، وإذا جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة ، لم يثبت؛ لأن الحمل حادث بعد الطلاق**) ش: وإلا لزاد أكثر مدة الحمل سنتين وهو باطل م: (**فلا يكون منه ؛ لأن وطأها حرام ، إلا أن يدعيه**) ش: استثناء من قوله لم يثبت ، أي لم يثبت النسب إذا جاءت المبتوتة بولد تمام سنتين ، إلا أن يدعيه أي: إلا أن يدعي الزوج الولد م: (**لأنه التزمه**) ش: أي لأنه التزم النسب عند دعواه .

م: (**وله وجه**) ش: شرعي م: (**بأن وطأها بشبهة في العدة**) ش: والنسب يحتاط في إثباته ، فيثبت قبل هذا مناقض لرواية « كتاب الحدود » حيث قال : إن النسب لا يثبت بالوطء في عدة المبتوتة ، أجيب بأنه يمكن أن تحمل المبتوتة في كتاب الحدود على المبتوتة بثلاث، أو على مال، لا على المبتوتة بالكنايات ، فحينئذ يندفع التناقض لمكان الاختلاف في وقوع البائن في الكنايات ، ولهذا قيده صاحب الكتاب في الحدود بطلاق البائن على مال وهل يحتاج لتصديق المرأة أم لا؟ قال الإمام الأسبيجابي في «شرح الطحاوي» : فيه روايتان، في رواية يحتاج إلى تصديقها وفي

فإن كانت المبتوتة صغيرة ، يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة أشهر لم يلزمه حتى تأتي به لأقل من تسعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- وقال أبو يوسف -رحمه الله- يثبت النسب منه إلى سنتين ، لأنها معتدة ، يحتمل أن تكون حاملاً ، ولم تقر بانقضاء العدة ، فأشبهت الكبيرة ولهما أن لانقضاء عدتها جهة معينة، وهو الأشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء ، وهو في الدلالة فوق إقرارها لأنه لا يحتمل الخلاف والإقرار يحتمله ،

رواية لا يحتاج . ولم يذكره السرخسي في شرح «الكافي» ، والبيهقي في « الشامل » .

م: (**فإن كانت المبتوتة صغيرة، يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة أشهر**) ش: أي من وقت الطلاق، وهي لم تقر بانقضاء العدة ، أما لو أقرت بالانقضاء بثلاثة أشهر ، ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ثبت لأنا عرفنا بطلان الإقرار إذ في بطنها ولد .

م: (**لم يلزمه**) ش: أي يلزم النسب م: (**حتى تأتي به**) ش: أي بالولد م: (**لأقل من تسعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - . وقال أبو يوسف رحمه الله-: يثبت النسب منه إلى سنتين لأنها معتدة ، يحتمل أن تكون حاملاً ، ولم تقر بانقضاء العدة فأشبهت الكبيرة**) ش: وبيان الاحتمال ما قيل أن الكلام في المراهقة المدخول بها وهي تحتمل الحبل ساعة فساعة ، فتحتمل أن تكون حاملاً وقت الطلاق ، فيكون انقضاء عدتها بوضع الحمل . ويحتمل أنها حبلت بعد انقضاء العدة بثلاثة أشهر . وإذا كانت كذلك ، كان كالبالغة إذا لم تقر بانقضاء العدة يثبت نسب ولدها في سنتين .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة ومحمد م: (**أن لانقضاء عدتها جهة معينة ، وهو الأشهر**) ش: لقوله تعالى : ﴿ **واللائي لم يحضن** ﴾ (الطلاق الآية : ٤) ، م: (**فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو**) ش: أي حكم الشرع بالانقضاء .

م: (**في الدلالة**) ش: بالانقضاء م: (**فوق إقرارها**) ش: أي في الدلالة على انقضاء العدة فوق إقرار المرأة م: (**لأنه**) ش: أي لأن حكم الشرع م: (**لا يحتمل الخلاف، والإقرار**) ش: أي إقرار المرأة م: (**يحتمله**) ش: أي الخلاف والكذب .

فإن قيل: يشكل عليه المتوفى عنها زوجها ، فإن لعدتها جهة معينة ، وهي أربعة أشهر وعشرًا، ما لم يكن فيه الحبل ظاهر . ثم هناك ما يثبت إلى سنتين عند علمائنا الثلاثة وإلا يحكم بالانقضاء بالأشهر ، هناك لاحتمال الانقضاء الوضع ، فكذا هنا .

قلنا : لا يشكل لانقضاء عدتها جهة أخرى وهي الحبل ، إذ الأصل في الكبيرة ، الإحبال ، وهنا لأن الأصل في الصغيرة عدم الإحبال [. . . . . . .] ، لا نقول ذلك في حق غير المنكوحة ، فلا تعتد إلا للإحبال فكان الأصل فيه الإحبال كذا في« المبسوط » .

وإن كانت مطلقة طلاقًا رجعيًا ، فكذلك الجواب عندهما وعنده يثبت إلى سبعة وعشرين شهرًا ؛ لأنه يجعل واطئًا في آخر العدة ، وهي الثلاثة الأشهر ثم تأتي به لأكثر مدة الحمل وهو سنتان ، وإن كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة ، فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء ؛ لأن بإقرارها يحكم ببلوغها ، ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين السنتين ، وقال زفر: إذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة أشهر لا يثبت النسب ، لأن الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة ، فصار كما إذا أقرت بالانقضاء كما بينا في الصغيرة إلا أنا نقول لانقضاء عدتها جهة أخرى ، وهو وضع الحمل بخلاف الصغيرة ؛ لأن الأصل فيها عدم الحمل ، لأنها ليست بمحل قبل البلوغ ، وفيه شك ،

م: (**وإن كانت**) ش: أي الصغيرة م: (**مطلقة طلاقًا رجعيًا ، فكذلك الجواب عندهما**) ش: أي عند أبي حنيفة ومحمد يعني إن ولدت لأقل من تسعة أشهر يثبت النسب وإلا فلا م: (**وعنده**) ش: أي عند أبي يوسف م: (**يثبت إلى سبعة وعشرين شهرًا ؛ لأنه يجعل واطئًا في آخر العدة ، وهي الثلاثة الأشهر ، ثم تأتي به لأكثر مدة الحمل ، وهو سنتان ، وإن كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة ، فالواجب فيها ، وفي الكبيرة سواء ؛ لأن بإقرارها يحكم ببلوغها**) ش: معناه ، أعرف بأمر عدتها ، فيحكم بإقرارها ببلوغها فيثبت نسب ولدها لأقل مدة تبين في الطلاق البائن ولأقل من سبعة وعشرين شهرًا في الرجعي ، وبه صرح في « شرح الطحاوي » .

م: (**ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين السنتين**) ش: هذا إذا لم يكن المتوفى عنها زوجها صغيرة ؛ لأن نسب ولدها يثبت إذا ولدت لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام ، وإذا ولدت لأكثر من ذلك ، لا يثبت عند أبي حنيفة ومحمد خلافًا لأبي يوسف .

م: (**وقال زفر: إذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة أشهر لا يثبت النسب ؛ لأن الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة**) ش: لأنه لما لم يكن الحبل ظاهرًا فقد حكم الشرع بالانقضاء بمضي أربعة أشهر وعشرًا وذلك أقوى من أقرارها .

م: (**فصار كما إذا أقرت بالانقضاء**) ش: ثم بعد انقضاء العدة ، وإذا ولدت لأقل من ستة أشهر يثبت النسب لا بالقضاء بوجود الحبل قبل انقضاء العدة وإذا ولدت لأكثر من ذلك فلاحتمال حدوث الحبل فلا يثبت النسب بالشك م: (**كما بينا في الصغيرة**) ش: أشار به إلى قوله لأن لانقضاء عدتها جهة معينة .

م: (**إلا أنا نقول**) ش: أي غير أنا نقول م: (**لانقضاء عدتها جهة أخرى ، وهو وضع الحمل بخلاف الصغيرة ؛ لأن الأصل فيها**) ش: أي في الصغيرة م: (**عدم الحمل لأنها ليست بمحل**) ش: أي لأن الصغيرة ليست بمحل للحمل م: (**قبل البلوغ ، وفيه**) ش: أي في الصغيرة م: (**شك**) ش: وكان الصغر ثابتًا فلا يزول بالشك .

وإذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر يثبت نسبه ؛ لأنه ظهر كذبها بيقين فبطل الإقرار، وإن جاءت به لستة أشهر ؛ لم يثبت لأنا لم نعلم ببطلان الإقرار لاحتمال الحدوث بعده ، وهذا اللفظ بإطلاقه يتناول كل معتدة ، وإذا ولدت المعتدة ولدًا لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة -رحمه الله- إلا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان ، إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج ، فيثبت النسب من غير شهادة . وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - : يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة

م: (**وإذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ، ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر يثبت نسبه**) ش: يعني من وقت الإقرار م: (**لأنه ظهر كذبها بيقين ، فبطل الإقرار، وإن جاءت به لستة أشهر لم يثبت**) ش: وقال الشافعي : يثبت منه إلا أن تكون قد تزوجت ، فيثبت من الثاني أو تأتي به لأكثر من أربعة سنين ، وقوله إذا اعترفت المعتدة يتناول كل معتدة عن وفاة أو عن طلاق بائن أو رجعي ؛ لأنه أطلق المعتدة ، ولم يقيدها م: (**لأنا لم نعلم ببطلان الإقرار لاحتمال الحدوث بعده، وهذا اللفظ**) ش: أراد به قوله وإذا اعترفت المعتدة م: (**بإطلاقه يتناول كل معتدة**) ش:وقد ذكرناه الآن قبل ذكر المرغيناني وقاضي خان ، أن الآيسة لو أقرت بانقضاء عدتها ، ثم جاءت لأقل من سنتين ، ثبت نسب ولدها ، فلم يتناول كل معتدة. وقال الكاكي : إلا أن قوله كل معتدة غير الآيسة .

م: (**وإذا ولدت المعتدة ولدًا لم يثبت نسبه ، عند أبي حنيفة ، إلا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان ، إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج**) ش: بكسر القاف وفتح الباء الموحدة م :(**فيثبت النسب من غير شهادة**) ش: ولهذا قال فخر الإسلام البزدوي في « شرح الجامع الصغير» : وإن ادعت أنها ولدت ، وذلك بعد الوفاة أو طلاق بائن لم يثبت ذلك إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين عند أبي حنيفة وكذلك بعد الطلاق الرجعي . م: (**وقال أبو يوسف ومحمد: يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة**) ش: مسلمة عدلة حرة . وبه قال أحمد ، وعند الشافعي يشترط أربع نسوة ، وعند مالك وابن أبي ليلى : يثبت بشهادة امرأتين . وعند زفر لا يثبت بشهادة النساء ، وعندهما يشترط الحرية ولفظ الشهادة ، ولا يشترط الذكورة والعدة . وذكره في« المبسوط ». وقال فخر الإسلام يثبت بشهادة القابلة عند أبي يوسف ومحمد، وفي « المختلف » : لا تقبل شهادة القابلة على الولادة، إلا بمؤيد وهو ظهور الحبل وإقرار الزوج بالحبل أو قيل الفراش. يعني أن المعتدة عن وفاة إذا كذبها الورثة في الولادة وفي الطلاق البائن إذا كذبها الزوج. وفي تعليق الطلاق بالولادة، لا تقبل إلا ببينة، ولا تقبل شهادة القابلة إلا عند ما ذكرنا من القرائن، وعندهما يقضي بشهادة القابلة وحدها. إلى هنا لفظ المختلف. وفي «المحيط»: لا يشترط العدد لئلا يكثر النظر إلى العورة . وقال مشائخ خراسان يشترط لفظ الشهادة ؛ لأنها موجبة على غيره . وعند مشائخ العراق لا يشترط، وفي «قاضي خان». وعلى هذا الخلاف كل ما

لأن الفراش قائم بقيام العدة ، وهو ملزم للنسب ، والحاجة إلى تعيين الولد أنه منها فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح ، ولأبي حنيفة أن العدة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل . والمنقضى ليس بحجة فمست الحاجة إلى إثبات النسب ابتداء ، فيشترط كمال الحجة بخلاف ما إذا ظهر الحبل أو صدر الاعتراف من الزوج لأن النسب ثابت قبل الولادة والتعين يثبت بشهادتها، فإن كان معتدة عن وفاة وصدقها الورثة ، في الولادة ، ولم يشهد على الولادة أحد ، فهو ابنه في قولهم جميعًا وهذا في حق الإرث ظاهر؛ لأنه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم ،

يطلع عليه الرجال ، وأجمع أصحابنا على أنه يقضي بالنسب بشهادة القابلة ، عند قيام النكاح ، واختلفوا بعد الموت والطلاق ، فعند أبي حنيفة لا يثبت وعندهما يثبت .

م: (**لأن الفراش قائم بقيام العدة ، وهو**) ش: أي قيام الفراش م: (**ملزم للنسب**) ش: وبغير الفراش كونها متعينة إلى الزوج حتى أن كل ولد يحدث منها يثبت نسبه م: (**والحاجة إلى تعيين الولد**) ش: أي حاجة هنا في إثبات النسب إلى تعيين الولد م: (**أنه منها فيتعين بشهادتها**) ش: أي بشهادة القابلة م: (**كما في حال قيام النكاح**) ش: وإقرار الزوج بالحبل وظهور الحبل م: (**ولأبي حنيفة أن العدة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل ، والمنقضى ليس بحجة**) ش: يعني الذي انقضى ليس بحجة، والحجة هي القائم م: (**فمست الحاجة إلى إثبات النسب ابتداء**) ش: بانقضاء م: (**فيشترط كمال الحجة**) ش: لأن المرأة لما ولدت صارت أجنبية لانقضاء عدتها ونسب ولد الأجنبية من الأجنبي ، لا يثبت إلا بحجة تامة ، فلا يقضي بشهادة القابلة وحدها م: (**بخلاف ما إذا ظهر الحبل أو صدر الاعتراف من الزوج ة لأن النسب ثابت قبل الولادة، والتعين يثبت بشهادتها**) ش: أي بشهادة القابلة ؛ لأنه عليه السلام أجاز شهادة القابلة على الولادة . م: (**فإن كانت معتدة عن وفاة وصدقها الورثة في الولادة ، ولم يشهد على الولادة أحد فهو ابنه في قولهم جميعًا**) ش: ويرثه بمعنى تصديق الورثة أن يقروا به جميعًا . أو أقر جماعة يقطع الحكم بشهادتهم بأن كان رجلان منهم أو رجل وامرأتان منهم وجب الحكم بإثبات النسب حتى يشارك المصدقون والمنكرون . ذكره البزدوي والتمرتاشي ، وقال الإسبيجابي : هذا جواب الاستحسان ، وفي القياس لا يثبت لأنهم يقرون على الميت بالنسب فلا يقبل .

وقال شمس الأئمة في تعليل المسألة : الوارثون قائمون مقام الزوج وإن قال الزوج : إنها ولدته يثبت النسب ، فكذا تصديق الورثة بعد موته . وهذا لأن ثبوت النسب باعتبار الفراش ، وذلك باق ببقاء العدة بعد موته والحاجة إلى الشهادة ليظهر له ولادتها، فيصان الولد ، وقد حصل ذلك بتصديق الورثة بل باعتبار الضرر . م: (**وهذا**) ش: أي تصديق الورثة م: (**في حق الإرث ظاهر؛ لأنه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم**) ش: واختلف مشائخنا في أن لفظ الشهادة هل يشترط من الورثة أم لا؟ قال بعضهم : يشترط بعد أن يكون في مجلس الحكم كذلك قال فخر الإسلام وذلك ؛ لأن النسب لا يثبت في حق الناس كافة إلا بلفظ الشهادة . وقال بعضهم : لا يشترط واليه

أما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم ؟ قالوا : إذا كانوا من أهل الشهادة يثبت لقيام الحجة، ولهذا قيل تشترط لفظة الشهادة ، وقيل لا تشترط ؛ لأن الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم بإقرارهم وما ثبت تبعًا لا يراعى فيه الشرائط ، وإذا تزوج رجل امرأة فجاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها ، لم يثبت نسبه ؛ لأن العلوق سابق على النكاح ، فلا يكون منه . وإذا جاءت به لستة أشهر فصاعدًا ، يثبت نسبه منه ، اعترف به الزوج أو سكت ؛ لأن الفراش قائم والمدة تامة ، فإن جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة ، حتى لو نفاه الزوج يلاعن ؛ لأن النسب يثبت بالفراش القائم ، واللعان إنما يجب بالقذف ، وليس من ضرورته وجود الولد ، فإنه يصح بدونه

ذهب الفقيه أبو الليث .

م: (**أما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم؟**) ش: أي في حق غير المصدقين وغيرهم وهم المنكرون من الورثة وغريم الميت م: (**قالوا : إذا كانوا من أهل الشهادة يثبت لقيام الحجة**) ش: بأن كانوا ذكورًا أو إناثًا لم يثبت النسب في حق غيرهم ، حتى يشارك الولد المنكرين أيضًا في الإرث ويطلب غريم الميت بدينه م: (**ولهذا**) ش: أي ولاشتراط كونهم من أهل الشهادة م: (**قيل تشترط لفظة الشهادة ، وقيل لا تشترط ؛ لأن الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم بإقرارهم وما ثبت تبعًا لا يراعى فيه الشرائط**) ش: كالعبد مع المولى ، والجندي مع السلطان في حق الإقامة .

م: (**وإذا تزوج رجل امرأة فجاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه ؛ لأن العلوق سابق على النكاح ، فلا يكون منه. وإذا جاءت به لستة أشهر فصاعدًا ، يثبت نسبه منه ، اعترف به الزوج أو سكت ؛ لأن الفراش قائم والمدة**) ش: أي مدة هذا الحمل من وقت النكاح م: (**تامة**) ش: فيثبت النسب م: (**فإن جحد الولادة**) ش: أي فإن أنكر الزوج الولادة م: (**يثبت**) ش: أي النسب م : (**بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة**)ش : وأراد بامرأة واحدة حرة مسلمة . وبه صرح في « المبسوط» وهاهنا خلاف بين العلماء ذكرناه عن قريب م: (**حتى لو نفاه الزوج يلاعن**) ش: لأن اللعان بالقذف م: (**لأن النسب يثبت بالفراش القائم**) ش: ولا ينتفي باللعان على تقييده في مدة يصح نفيه فيها ، وقد مر بيان المدة في باب اللعان ، م: (**واللعان إنما يجب**) ش: هذا جواب عما يقال اللعان هنا إنما يجب بنفي الولد ، والولد يثبت بشهادة القابلة . وهو لا يجوز لأن اللعان في معنى الحد ، والحد لا يثبت بشهادة النساء وأجاب بقوله : م: (**بالقذف**) ش: والقذف موجود لأن قوله: ليس مني قذف لها بالزنا معنى، والقذف لا يستلزم وجود الولد ، فإنه يصح بدونه فلم يضر الولد الثابت بشهادة القابلة م: (**وليس من ضرورته**) ش: أي من ضرورة اللعان م: (**وجود الولد فإنه يصح بدونه**) ش: أي بدون الولد .

فإن ولدت ثم اختلفا فقال الزوج : تزوجتك منذ أربعة أشهر ، وقالت هي : منذ ستة أشهر ، فالقول قولها ، وهو ابنه ؛ لأن الظاهر شاهد لها فإنها تلد ظاهراً من نكاح لا من سفاح ، ولم يذكر محمد الاستحلاف وهو على الاختلاف ، وإن قال لامرأته إذا ولدت فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبي حنيفة -رحمه الله- وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله-: تطلق لأن شهادتها حجة في ذلك ، قال ﷺ : «شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه »؛ ولأنها لما قبلت في الولادة تقبل فيما يبتنى عليها وهو

م: (**فإن ولدت ثم اختلفا ، فقال الزوج : تزوجتك منذ أربعة أشهر ، وقالت هي : منذ ستة أشهر ، فالقول قولها ، وهو ابنه ؛ لأن الظاهر شاهد لها ، فإنها تلد ظاهراً من نكاح لا من سفاح**) ش: وهو الزنا لا يقال : الظاهر شاهد له أيضًا ، لأن الأصل في الحوادث أن تضاف إلى أقرب الأزمان ، فتعارضا ، فلا بد من دليل الترجيح لأنا نقول : الحوادث هي لزوم حمل أمرها على الفساد [. . . .] اعتبار قول الزوج ولا يجوز ذلك .

م: (**ولم يذكر محمد الاستحلاف**) ش: أي إن المرأة تستحلف أم لا م: (**وهو على الاختلاف**) ش: المذكور في الأشياء الستة ، فتستحلف عندهما خلافًا لأبي حنيفة ؛ لأن الاختلاف وقع في النسب والنكاح .

م: (**وإن قال لامرأته : إذا ولدت فأنت طالق ، فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : تطلق لأن شهادتها**) ش: أي لأن شهادة المرأة م: (**حجة في ذلك**) ش: أي في باب الولادة وهنا قيدان تركهما المصنف فلا بد من ذكرهما .

أحدهما عدم إقرار الزوج بالحمل ، والآخر عدم كون الحبل ظاهراً . وهنا مسألتان إما أن يقر الزوج بالحبل أو لا يقر به ، فلو لم يقر به لا يقع الطلاق بقولها ولدت، ولا يثبت النسب بالاتفاق إذا لم تشهد القابلة . أما إذا شهدت وقع الطلاق .

م: (**قال ﷺ : « شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه»**)[1] ش: هذا حديث غريب ، فلذلك لم يذكره أكثر الشراح . وقال مخرج الأحاديث : روى ابن أبي شيبة في «مصنفه» في البيوع : حدثنا عيسى بن يونس عن الأوزاعي عن الزهري قال : مضت السنة أن يجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء منهن . ويجوز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال ، وامرأتان فيما سوى ذلك . ورواه عبد الرزاق في« مصنفه» . أخبرنا ابن جريج عن الزهري فذكره .

م: (**ولأنها**) ش: أي ولأن المرأة أعني القابلة م: (**لما قبلت في الولادة تقبل فيما يبتنى عليها وهو**

---

(١) قال الحافظ الزيلعي (٣/ ٥٤٢) نصب الراية : غريب .

الطلاق . ولأبي حنيفة -رحمه الله- أنها ادعت الحنث فلا يثبت إلا بحجة تامة ، وهذا لأن شهادتهن ضرورية في حق الولادة ، فلا تظهر في حق الطلاق ؛ لأنه ينفك عنها . وإن كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت من غير شهادة ، عند أبي حنيفة -رحمه الله- . وعندهما تشترط شهادة القابلة ؛لأنه لابد من حجة لدعواها الحنث ، وشهادتها ، حجة فيه على ما بينا ، وله أن الإقرار بالحبل إقرار بما يفضي إليه وهو الولادة ، ولأنه أقر بكونها مؤتمنة ، فيقبل قولها في رد الأمانة. قال: وأكثر مدة الحمل سنتان ؛ لقول عائشة -رضي الله عنها- : الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين ولو بظل مغزل .

الطلاق) ش: لأن وقوع الطلاق متعلق بها م: **(ولأبي حنيفة أنها)** ش: أي أن المرأة التي هي الزوجة م: **(ادعت الحنث)** ش: على الزوج وهو وقوع الطلاق والزوج ينكر ذلك م: **(فلا يثبت إلا بحجة تامة)** ش: أي كاملة . **(وهذا)** إشارة إلى عدم ثبوت دعوى المرأة إلا بحجة كاملة م: **(لأن شهادتهن ضرورية في حق الولادة)** ش: لأن مجلس الولادة لا يطلع عليه الرجال . والثابت بالضرورة لا يتعدى موضع الضرورة م: **(فلا تظهر في حق الطلاق ؛ لأنه)** ش: أي لأن الطلاق م: **(ينفك عنها)** ش: أي عن الولادة في الجملة يعني يوجد بدونها . وكذا الولادة توجد بدون الطلاق وإن صار الطلاق هنا من لوازمها ، كمن اشترى لحمًا، فشهد مسلم أنه ذبيحة مجوسي قبلت ذبيحته في حرمة الأكل ، ولا يثبت تمجس الذابح في حق الرجوع على البائع بشهادة الواحد ، كذا في «جامع قاضي خان» .

م: **(وإن كان الزوج قد أقر بالحبل)** ش: يعني إذا أقر الزوج بالحبل ، ثم علق طلاقها بالولادة ، فقالت المرأة ولدت وكذبها الزوج م: **(طلقت من غير شهادة ، عند أبي حنيفة. وعندهما تشترط شهادة القابلة ؛ لأنه لا بد من حجة لدعواها الحنث ، وشهادتها حجة فيه)** ش: أي شهادة القابلة حجة في الحنث م: **(على ما بينا)** ش: يعني في المسألة الأولى .

م: **(وله)** ش: أي ولأبي حنيفة رحمه الله م: **(أن الإقرار بالحبل إقرار بما يفضي إليه)** ش: أي بالشيء الذي يفضي الحبل إليه م: **(وهو الولادة)** ش: الضمير في -وهو- يرجع إلى ما م: **(ولأنه أقر بكونها مؤتمنة)** ش: لأنه علق طلاقها بأمر كائن وهو الولادة ، والقول قول المؤتمن في دعوى رد الأمانة م: **(فيقبل قولها في رد الأمانة .قال:)** ش: أي القدوري : م: **(وأكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة-رضي الله تعالى عنها- : الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين ولو بظل مغزل)** ش: أخرج الدارقطني ، ثم البيهقي في «سننهما» من طريق ابن المبارك حدثنا داود ابن عبد الرحمن عن ابن جريج عن جميلة بنت سعد عن عائشة-رضي الله عنها- قالت : « ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل» ،وفي لفظ : « لا يكون الحمل أكثر من سنتين » .

وأقله ستة أشهر؛ لقوله تعالى : ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ﴾ (الأحقاف الآية : ١٥) ، ثم قال الله تعالى : ﴿ وفصاله في عامين ﴾ (لقمان الآية : ١٤) فبقي للحمل ستة أشهر . والشافعي- رحمه الله- يقدر الأكثر بأربع سنين، والحجة عليه ما رويناه ، والظاهر أنها قالته سماعًا ، إذ العقل لا يهتدي إليه .ومن تزوج أمة فطلقها ثم اشتراها ، فإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم اشتراها لزمه ، وإلا لم يلزمه ؛لأنه في الوجه الأول ولد المعتدة ، فإن العلوق سابق على الشراء ، في الوجه الثاني

وأخرج الدارقطني أيضًا، ومن جهته البيهقي عن الوليد بن مسلم ، قال: قلت لمالك بن أنس: إني حدثت عائشة -رضي الله عنها- ، أنها قالت: « لا تزيد المرأة في حملها على سنتين قدر ظل المغزل » ، فقال: سبحان الله! من يقول هذا ؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق ، وزوجها رجل صدق ، حملت ثلاثة أبطن في اثنى عشر سنة ، كل بطن في أربع سنين .
قوله : ولو بظل مغزل أي بقدر مكث ظله حال الدوران ؛ لأن ظله حال الدوران أسرع زوالاً من سائر الظلال ، والغرض المبالغة في تقليل المدة .

وفي بعض النسخ ولو بفلك مغزل ،وهو رواية« المبسوط» ، والإيضاح أي بدور فلكة مغزل . وفي «شرح الإرشاد » : ولو بدور ظلة مغزل .

م: **(وأقله ستة أشهر؛ لقوله تعالى :﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ﴾)** ش: **(الأحقاف الآية:١٥)** **(ثم قال الله تعالى :﴿ وفصاله في عامين ﴾(لقمان الآية:١٤) فبقي للحمل ستة أشهر. والشافعي- رضي الله عنه- يقدر الأكثر)** ش: أي أكثر مدة الحمل م: **(بأربع سنين)** ش: وبه قال مالك في المشهور وأحمد كذل. وقال عبادة : خمس سنين، وقال الزهري: ست سني، وقال ربيعة بن عبد الرحمن: سبع سنين ، وقال الليث: ثلاث سنين ، وبقولنا قال الثوري والضحاك بن مزاحم وأحمد في رواية .

م: **(والحجة عليه)** ش: أي على الشافعي م: **(ما رويناه)** ش: وهو حديث عائشة م: **(والظاهر أنها قالته سماعًا)** ش: أي الظاهر أن عائشة قالت الحديث المذكور من حديث السماع عن النبي ﷺ م: **(إذ العقل لا يهتدي إليه)** ش: يعني العقل لا يدرك هذا ، لأن ما في الرحم لا يعلمه إلا الله تعالى .

م: **(ومن تزوج أمة فطلقها ثم اشتراها)** ش: يريد به طلاقها بعد الدخول ، إذ لو كان قبل الدخول لا يلزمه الولد إلا أن يحيا لأقل من ستة أشهر منذ فارقها م: **(فإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم اشتراها لزمه)** ش: أي الولد م: **(وإلا لم يلزمه)** ش: أي وإذا جاءت به لأكثر من ذلك لم يلزمه م: **(لأنه في الوجه الأول)** ش: أراد به ما إذا ولدته لأقل من ستة أشهر ،**(ولد المعتدة ، فإن العلوق سابق على الشراء ، وفي الوجه الثاني)** ش: أراد به ما إذا ولدته لستة أشهر أو أكثر من وقت

ولد المملوكة ؛ لأنه يضاف الحادث إلى أقرب وقته، فلا بد من دعوة ، وهذا إذا كان الطلاق واحدًا بائنًا أو خلعًا أو رجعيًا ، أما إذا كان اثنتين يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق ؛ لأنها حرمت عليه حرمة غليظة ، فلا يضاف العلوق إلا إلى ما قبله ؛ لأنها لا تحل بالشراء . ومن قال لأمته: إن كان في بطنك ولد فهو مني، فشهدت على الولادة امرأة فهي أم ولده ؛لأن الحاجة إلى تعيين الولد ، ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالإجماع .

الشراء م: (**ولد المملوكة ؛ لأنه يضاف الحادث إلى أقرب وقته**) ش: وهو وجوب وقت كونها مملوكة فلا يثبت إلا بالدعوى وهو ومعنى قوله م: (**فلا بد من دعوة**) ش: يعني لا يثبت النسب إلا بأن يدعيه . م: (**وهذا**) ش: أي هذا الحكم الذي ذكرناه م: (**إذا كان الطلاق واحدًا بائنًا أو خلعًا أو رجعيًا، أما إذا كان**) ش: أي الطلاق م: (**اثنتين يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق؛ لأنها حرمت عليه حرمة غليظة**) ش: بطلقتين ؛ ولا تحل له حتى تنكح زوجًا غيره م: (**فلا يضاف العلوق إلا إلى ما قبله**) ش: أي ما قبل الطلاق وهو أبعد الأوقات م: (**لأنها لا تحل بالشراء**) ش: إذ الوطء لا يحل له قبل الشراء لأنها حرمت عليه حرمة غليظة بالسنتين ، وإذا لم يحل وطؤها بملك اليمين لا يقضي بالعلوق من أقرب الأوقات ، إذ في القضاء بالعلوق إلى أقرب الأوقات يلزم حمل أمر المسلم على الحرام ، وهو الممكن للوطء الحرام من المولى . فإن قيل : وجب أن يحل بقوله تعالى : ﴿ **إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم** ﴾ (المؤمنون الآية : ٦)، قلنا : لا تحل لقوله تعالى : ﴿ **فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجًا غيره**﴾ (البقرة : الآية ٢٣٠)، والثانية في الأمة كالثلاث في الحرة . وإذا لم يحل وطؤها، فلا يضاف إلى أقرب الأوقات ، بل يضاف إلى الأبعد ، وهو ما قبل الطلاق ، فيلزمه الولد إذا جاءت به لأقل من سنتين منذ الطلاق .

م: (**ومن قال لأمته : إذا كان في بطنك ولد فهو مني ، فشهدت على الولادة امرأة فهي أم ولده**) ش: أي بالإجماع م: (**لأن الحاجة إلى تعيين الولد ، ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالإجماع**) ش: أي باتفاق أصحابنا ، وبه قال أحمد وقد مر الخلاف فيه ، وهذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار . ولو ولدت لستة أشهر أو أكثر لا يلزمه لاحتمال أنها حبلت بعد مقالة الولي ، فلم يكن المولى مدعيًا لهذا الولد بخلاف الأول ؛ لتيقنا ببقائه في البطن وقت القول فتيقنا بالدعوى ، هذا في «جامع قاضي خان» .

وقال الأترازي : ومثله مسألة كتاب العتاق وإن قال : ما في بطنك حر فولدت بعد ذلك لستة أشهر لم يعتق ، وإن ولدته لأقل من ستة أشهر عتق . وكان ينبغي لك أن تعرف أنه فيما إذا قال إن كان في بطنك ولد . أو قال: إن كان بها حبل فهو مني بلفظ التعليق . أما إذا قال : هذه حامل مني يلزمه الولد ، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر إلى سنتين حتى ينفيه ، وبه صرح في «الأجناس» في كتاب الإعتاق .

ومن قال لغلام : هو ابني ثم مات ، فجاءت أم الغلام وقالت: أنا امرأته، فهي امرأته ، وهو ابنه ويرثانه . وفي « النوادر» جعل هذا جواب الاستحسان . والقياس أن لا يكون لها الميراث ؛ لأن النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد، وبالوطء عن شبهة ، وبملك اليمين ، فلم يكن قوله إقرارًا بالنكاح . وجه الاستحسان : أن المسألة فيما إذا كانت معروفة بالحرية وبكونها أم الغلام ، والنكاح الصحيح وهو المتعين لذلك وضعًا وعادة . ولو لم يعلم بأنها حرة ، فقالت الورثة أنت أم ولد ، فلا ميراث لها ؛ لأن ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الميراث ، والله أعلم .

م: (**ومن قال لغلام :هو ابني ثم مات ، فجاءت أم الغلام وقالت :أنا امرأته ، فهي امرأته وهو ابنه ويرثانه**) ش: أي الأم والابن يرثان الميت م: (**وفي« النوادر» جعل**) ش: أي محمد م: (**هذا جواب الاستحسان ، والقياس أن لا يكون لها الميراث ؛ لأن النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد، وبالوطء عن شبهة ، وبملك اليمين ، فلم يكن قوله إقرارًا بالنكاح**) ش: واعترض أنه ينبغي أن لا يكون لها الميراث في الاستحسان ، لأن هذا النكاح يثبت اقتضاء ، فيثبت بقدر الضرورة ، وهو تصحيح النسب دون استحقاق الإرث . وأجيب :بأن النكاح على ما هو الأصل ليس بمتنوع إلى نكاح [ما] هو سبب لاستحقاق الإرث والنكاح ليس بسبب له ، فلا يثبت النكاح بطريق الاقتضاء ، وثبت ما هو من لوازمه التي لا تنفك عنه شرعًا ، وإنما قال على ما هو الأصل لئلا يرد نكاح الكتابية والأمة لأنه من العوارض.

م: (**وجه الاستحسان: أن المسألة فيما إذا كانت**) ش: أي أم الغلام م: (**معروفة بالحرية وبكونها أم الغلام**) ش: قيد بكونها معروفة بالحرية ؛ لأنها لو لم تكن معروفة بأنها حرة من الأصل لا ترث ؛ لأن للورثة أن يقولوا : إن كنت أم الولد لمورثنا إنما عتقت بموته . غاية ما في الباب أنها حرة في الحال ، والتمسك باستصحاب الحال لمعرفة الحكم في الماضي يصلح للدفع لا للإثبات ، فيندفع عنها الرق ولا يثبت الإرث ، وقيد أيضًا بكونها أم الغلام ؛ لأنه إذا لم يثبت أنها أم الغلام فلا ترث .

م: (**والنكاح الصحيح وهو المتعين لذلك**) ش: أي لثبوت النسب م: (**وضعًا وعادة**) ش: أي من حيث الوضع ، ومن جهة الشرع ، ومن حيث العادة بالشهرة بين الناس م: (**ولو لم يعلم بأنها حرة، فقالت الورثة أنت أم ولد فلا ميراث لها**) ش: قد قررنا هذا؛ لأن قولنا فيه بكونها معروفة بالحرية م: (**لأن ظهور الحرية باعتبار الدار**) ش: أي دار الإسلام م: (**حجة في دفع الرق لا في استحقاق الميراث**) ش: لأن الإرث لا يثبت إلا بنسب صحيح ، وقال التمرتاشي : لا ميراث لها ، ولكن لها مهر المثل؛ لأنهم أقروا بالدخول بها ، ولم يثبت كونها أم ولد بقولهم ، وقال الأترازي : وفيه نظر ؛ لأن الدخول إنما يوجب بمهر المثل في غير صورة النكاح ، إذا كان الوطء عن شبهة ، ولم يثبت النكاح هنا . والأصل عدم الشبهة فبأي دليل يحمل على ذلك؟ فلا يجب مهر المثل .

باب حضانة الولد ومن أحق به

وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين ، فالأم أحق بالولد ؛ لما روي أن امرأة قالت : يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وحجري له حواء ، وثديي له سقاء ، وزعم أبوه أنه ينزعه مني فقال ﷺ : « أنت أحق به ما لم تتزوجي» .

م: **(باب حضانة الولد ومن أحق به)**

ش: أي هذا باب في بيان حكم الولد في الحضانة والتربية لمن هو م: **(ومن أحق به)** ش: لأن الولد عاجز عن النظر لنفسه والقيام بحوائجه ، فجعل الشرع الولاية إلى من هو متفق عليه ، فجعل ولاية التصرف إلى الأب لقوة رأيه مع النفقة ، وحق الحضانة إلى الأم لرفقها ، في ذلك مع الشفقة عليه ، وهي أقدر على ذلك للزومها البيت وكونها أشفق، ثم المناسبة بين الناس ظاهرة لا تحتاج إلى بيان .

م: **(وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين ، فالأم أحق بالولد)** ش: سواء كانت كتابية أو مجوسية ، لأن الشفقة لا تختلف باختلاف الدين م: **(لما روي أن امرأة قالت :يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وحجري له حواء ، وثديي له سقاء ، وزعم أبوه أنه ينزعه مني فقال ﷺ:« أنت أحق به ما لم تتزوجي»)**[1] ش: هذا الحديث رواه أبو داود في «سننه» : حدثنا محمد بن خالد السلمي ، حدثنا الوليد عن أبي عمرو ، -يعني الأوزاعي- حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله ابن عمرو أن امرأة قالت : يا رسول الله ﷺ إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وثديي له سقاء وحجري له حواء ، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينزعه مني ، فقال لها رسول الله ﷺ : أنت أحق به ما لم تنكحي » .

ورواه الحاكم وصحح إسناده ، قالوا : عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص ، فإذا أراد بجده محمد ، كان الحديث مرسلاً ، وإذا أراد به عبد الله كان الحديث متصلاً، وهنا قد صرح عن جده عبد الله فالحديث متصل صحيح ، وعمرو ، وشعيب ، ومحمد كلهم ثقات . قولها : وحجري، بفتح الحاء وكسرها ، حجر الإنسان ، والحوى ،بكسر الحاء المهملة وتخفيف الواو بيت من الوبر والجمع الأحوية كذا في« الصحاح » .

وقال ابن الأثير : الحوى اسم المكان الذي يحوي الشيء أي يضمه ويجمعه ، هكذا فسره في هذا الحديث ، ثم قال : الحوى بيوت مجتمعة من الناس ، والجمع أحوية ، فسره في حديث آخر والسقاء بالكسر الدلو .

---

(١) قلت : حديث حسن، فعمرو بن شعيب ، حسن الحديث إن كان الراوي عنه ثقة ، وحسنه فضيلة الشيخ ناصر الألباني . انظر صحيح أبي داود (٢/ ٤٣٠) .

ولأن الأم أشفق عليه وأقدر على الحضانة ، فكان الدفع إليها أنظر ، وإليه أشار الصديق -رضي الله عنه - بقوله: ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر . قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته ، والصحابة حاضرون متوافرون . والنفقة على الأب ، على ما نذكر ، ولا تجبر الأم عليها ؛ لأنها عست تعجز عن الحضانة ،

م: (**ولأن الأم أشفق عليه وأقدر على الحضانة**) ش: مأخوذ من الحضن وهو ما دون الإبط إلى الكشح ، وحضن الشيء جانباه ، وحضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه ، وكان المربي للولد يتخذه في حضنه ويضمه إلى جانبه م: (**فكان الدفع إليها أنظر**) ش: أي فكان دفع الولد إلى أمه أنظر في حقه يعني أقوى نظرًا في حاله من غيره .

م: (**وإليه**) ش: أي إلى هذا المعنى م: (**أشار الصديق**) ش: أي أبو بكر الصديق م: (- **رضي الله تعالى عنه - بقوله: ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر**) ش: -رضي الله عنه - م: (**قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته ، والصحابة حاضرون متوافرون**) ش: هذا غريب بهذا اللفظ ، وقصته ما رواه ابن أبي شيبة في «المصنف » : حدثنا محمد بن بشر ، حدثنا سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن سعيد بن المسيب ، أن عمر بن الخطاب -رضي الله تعالى عنه- طلق أم عاصم ، ثم أتى عليها ، وفي حجرها عاصم ، فأراد أن يأخذه منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام ، فانطلقا إلى أبي بكر- رضي الله تعالى عنه- فقال له أبو بكر : مسحها وحجرها وريحها خير له منك يا عمر ، حتى يشب الصبي فيختار لنفسه .

ورواه عبد الرزاق حدثنا سفيان الثوري عن عاصم عن عكرمة قال : خاصمت امرأة عمر- رضي الله تعالى عنه - إلى أبي بكر - رضي الله تعالى عنه- وكان طلقها ، فقال أبو بكر- رضي الله تعالى عنه- : هي أعطف وألطف وأرحم وأحنى وأرأف ، وهي أحق بولدها ما لم تتزوج . وتفسير الذي ذكره المصنف قوله : وريقها ، أي ريق أم عاصم امرأة عمر بن الخطاب -رضي الله تعالى عنه- واسمها جميلة وقوله : من شهد بضم الشين وفتحها ، عسل في شمعه .

وفي «المبسوط» : ريحها ، وفي رواية ريح رقاعها ، وهو ثوب تشتمل به المرأة ، خير له من سمن وعسل عندك يا عمر ، فدعه عندها ، وقضى به ، بحضرة من الصحابة -رضي الله تعالى عنهم- ، ولم ينكر عليه أحد فحل محل الإجماع .

م: (**والنفقة على الأب على ما نذكر**) ش: أي نفقة الولد على أبيه على ما يأتي في باب النفقات م: (**ولا تجبر الأم عليها**) ش: أي على الحضانة ، وفي بعض النسخ م: (**عليه**) ش: أي على الولد ، يعني إذا طلبت فهي أحق ، وإذا أبت لا تجبر على الأخذ م: (**لأنها عست تعجز عن الحضانة**) ش: وبه قال الشافعي وأحمد والثوري ومالك في رواية . وفي رواية تجبر . وبه قال ابن أبي ليلى ، والحسن بن صالح وأبو ثور ، واختاره أبو الليث والهندواني من أصحابنا ، والمشهور عن مالك

فإن لم تكن له أم فأم الأم أولى من أم الأب . وإن بعدت ؛ لأن هذه الولاية تستفاد من قبل الأمهات ، فإن لم تكن ، فأم الأب أولى من الأخوات ؛ لأنها من الأمهات ، ولهذا تحرز ميراثهن السدس ؛ ولأنها أوفر شفقة للأولاد . فإن لم تكن له جدة فالأخوات أولى من العمات والخالات؛ لأنهن بنات الأبوين ، ولهذا قدمن في الميراث ، وفي رواية: الخالة أولى من الأخت لأب لقوله عليه السلام : الخالة والدة .

لا تجبر في الشريعة التي لا عادة لها بإرضاع الولد ، وإن كانت ممن ترضع تجبر . فإن لم يوجد غيرها أو لم يأخذ الولد ثدي غيرها أجبرت بلا خلاف ، ويجبر الأب على أخذ الولد بعد استغنائه عن الأم لأن نفقته وصيانته عليه بالإجماع .

م: (**فإن لم يكن له أم**) ش: أي فإن لم يكن للولد أم ، بأن كانت غير أهل للحضانة أو متزوجة بغير محرم أو ميتة م: (**فأم الأم أولى من أم الأب وإن بعدت**) ش: أي وإن علت عند الجمهور ، وعن أحمد ، أم الولد أولى ، وهو ضعيف ؛ لأن أم الولد تدلي بالأم ، وهي مقدمة على الكل ، فما دامت واحدة منهن من جانب الأم قائمة فهي أحق م: (**لأن هذه الولاية**) ش: أي ولاية الحضانة م: (**تستفاد من قبل الأمهات**) ش: لما مر من وفور شفقتهن ، فمن كانت تدلي إليه بأم ، فهي أولى ممن تدلي بأب ويستوي في ذلك المسلمة والكافرة ؛ لأن الحضانة باعتبار الشفقة . وذلك لا يختلف باختلاف الدين على ما قيل : كل شيء يحب ولده حتى الحبارى .

م: (**فإن لم تكن**) ش: أي الأم م: (**فأم الأب أولى من الأخوات**) ش: من أم أو أب؛ لأن استحقاق الحضانة باعتبار قرابة الأم ، قلنا : هذه في نفسها[1] كأم الأم والأم مقدمة على غيرها في الحضانة . ولهذا يجوز ميراثها من السدس وأصل الشفقة باعتبار الولادة ، وذلك للجدات دون الأخوات . وعن مالك الخالة مقدمة على الجدة لأب م: (**لأنها من الأمهات ، ولهذا تحرز ميراثهن السدس**) ش: أي تحرز ميراث الأمهات . هذا إيضاح لكون أم الأب من الأمهات ، أنها تحرز السدس في الميراث وهو ميراث الأم .

قال الأترازي : فيه نظر ؛ لأن ميراث الأم إنما يكون هو السدس إذا كان معها ولد أو ولد الابن والإخوة ثنتان من الإخوة والأخوات . وهنا عند عدمهم أيضًا ، يكون للجدة السدس ، وميراث الأم عند عدمهم ثلث الجميع أو ثلث ما يبقى بعد فرض أحد الزوجين . م: (**ولأنها**) ش: أي ولأن أم الأب م: (**أوفر شفقة للأولاد**) ش: أي لأجل الولادة م: (**فإن لم تكن له جدة ، فالأخوات أولى من العمات والخالات ؛ لأنهن**) ش: أي الأخوات م: (**بنات الأبوين ولهذا قدمن في الميراث ، وفي رواية**) ش: أي في رواية كتاب الطلاق م: (**الخالة أولى من الأخت لأب لقوله- عليه السلام-**) ش: أي لقول النبي ﷺ : م: (**الخالة والدة**) ش: هذا الحديث رواه البخاري عن البراء بن عازب في حديث طويل عن النبي ﷺ : « الخالة بمنزلة الأم » . رواه أبو داود من حديث علي -رضي الله تعالى عنه-

وقيل في قوله تعالى : ﴿ ورفع أبويه على العرش ﴾ (يوسف :الآية ١٠٠) ، أنها كانت خالته . وتقدم الأخت لأب وأم ؛ لأنها أشفق ، ثم الأخت من الأم ، ثم الأخت من الأب؛ لأن الحق لهن من قبل الأم ، ثم الخالات أولى من العمات ترجيحًا لقرابة الأم ، وينزلن كما نزلن الأخوات ، معناه ترجيح ذات قرابتين ، ثم قرابة الأم ،ثم العمات ينزلن كذلك، وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها لما روينا ،

بلفظ : « الخالة أم » . ورواه الطبراني من حديث أبي مسعود -رضي الله عنه- قال : قال رسول الله : ﷺ «الخالة والدة» ، وكذا رواه العقيلي من حديث أبي هريرة -رضي الله تعالى عنه .

م: (**وقيل في قوله تعالى : ﴿ ورفع أبويه على العرش ﴾ (يوسف الآية : ١٠٠) أنها كانت خالته . وتقدم الأخت لأب وأم ؛ لأنها أشفق ، ثم الأخت من الأم ، ثم الأخت من الأب**) ش: وبه قال المزني وابن شريح من الشافعية . وقال الشافعي : في الأصح تقدم الأخت لأب على الأخت من أم . وبه قال أحمد واعتبراه بقوة الميراث ، ولنا ما أشار به المصنف بقوله : م: (**لأن الحق لهن**) ش: أي حق الحضانة م: (**من قبل الأم**) ش: معناه أن ذات قرابتين ترجح على ذات قرابة واحدة لما فيها من زيادة الشفقة . وعند زفر: الأخت لأب وأم ، والأخت لأم يستويان في الحضانة م: (**ثم الخالات أولى من العمات ترجيحًا لقرابة الأم**) ش: أي لأجل الترجيح لقرابة الأم ، لأن الحضانة من قبل الأمهات م: (**وينزلن كما نزلن الأخوات**) ش: يعني أن الخالة لأب وأم [أولى] من الخالة لأم أشار إليه بقوله م: (**معناه ترجيح ذات قرابتين ، ثم قرابة الأم**) ش: والخالة لأب وأم ذات قرابتين ، والخالة لأم ذات قرابة واحدة . وعند الشافعي وأحمد تقدم الخالة من الأب على الخالة من الأم م: (**ثم العمات ينزلن كذلك**) ش: يعني أن العمة لأب وأم أولى من العمة لأم ، ثم العمة لأم أولى من العمة لأب وبنات الأعمام ، والعمات والأخوال والخالات بمعزل عن حق الحضانة لأن قرابتهن لم تتأكد بالمحرمية .

كذا في « المحيط» : وفي « البدائع » : لا حق للرجال من قبل الام في الحضانة ، ولا يسلم إليهن إلا بطلبهن، بخلاف الأب عند استغناء الصغير يجبر على القبول . وفي « المنصوري»: ابن العم أولى بالذكر والخال أولي بالأنثى ، وكل ذكر من قبل الأم لا حق له في الولد مع العصبة إلا الخال ، مع ابن العم فينظر في النساء من كان من قبل الأم ، وفي الرجل من كان من قبل الأم ويدفع الصغير إلى مولى العتاقة .

م: (**وكل من تزوجت من هؤلاء**) ش: يعني كل من تزوجت من النساء ممن كان لها حق الحضانة م: (**يسقط حقها لما روينا**) ش: وهو قوله- عليه السلام- : « ما لم تزوجي » وفيه خالف الحسن البصري ، قال ابن المنذر : أجمع على هذا أهل العلم إلا الحسن البصري ، وهو رواية عن

ولأن زوج الأم إذا كان أجنبيًا يعطيه نزرًا ، وينظر إليه شزرًا ، فلا نظر . قال : إلا الجدة إذا كان زوجها الجد ؛ لأنه قائم مقام أبيه ، فينظر له. وكذلك كل زوج هو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظرًا إلى القرابة القريبة .و من سقط حقها بالتزوج يعود إذا ارتفعت الزوجية ؛لأن المانع قد زال فإن لم تكن للصبي امرأة من أهله ، فاختصم فيه الرجل فأولاهم به أقربهم تعصيبًا ؛ لأن الولاية للأقرب ، وقد عرف الترتيب في موضعين ، غير أن الصغيرة لا تدفع إلى عصبة غير محرم ، كمولى العتاقة وابن العم تحرزًا عن الفتنة .

أحمد ، فإن عندهما لا يسقط حقها بالتزوج م: (**ولأن زوج الأم إذا كان أجنبيًا يعطيه نزرًا**) ش: أي يعطي الصغير شيئًا قليلاً يقال شيء نزر ، أي قليل ومادته نون وزاي وراء مهملة م: (**وينظر إليه شزرًا**) ش: أي ينظر زوج الأم الأجنبي إلى الصغير بمؤخر عينيه ، يقال شزره بعينه يشزره وشزره مشزرًا إذا نظر إليه بمؤخر عينيه ، ومادته شين معجمة وزاي ثم راء ، المقصود أن هذا عبارة عن قلة الشفقة على الصغير وقلة الالتفات إليه ، ولهذا قال المصنف : م: (**فلا نظر**) ش: أي إذا كان حال زوج الأم الأجنبي هكذا فلا نظر منه على الصغير .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**إلا الجدة إذا كان زوجها الجد**) ش: هذا استثناء من قوله سقط حقها ، يعني إذا كانت الجدة متزوجة بالجد لا يسقط حقها ، وإن كانت ذات زوج م: (**لأنه**) ش: أي لأن الجد م: (**قائم مقام أبيه**) ش: لقيامه مقام أبيه م: (**فينظر له ، وكذلك كل زوج هو ذو رحم محرم منه**) ش: أي من الولد ، كعم الولد إذا تزوج بأمه لا يسقط حقهام: (**لقيام الشفقة نظرًا إلى القرابة القريبة**) ش: أي بالنظر إلى القرابة . وهو العم . وإنما ينزع الولد من يد الأم إذا تزوجت بغير محرم . وإذا ارتدت أو خيف على الصبي م: (**ومن سقط حقها بالتزوج يعود**) ش: أي حقها م: (**إذا ارتفعت الزوجية ؛ لأن المانع قد زال**) ش: والسبب قائم يعود الحق . وبه قال الشافعي وأحمد ومالك في رواية . وفي رواية عن مالك لا يعود والرجعي مانع حتى تنقضي عدتها عندنا ، وبه قال المزني، وقال غيره من الشافعية يعود بالطلاق الرجعي .

م: (**فإن لم تكن للصبي امرأة من أهله ، فاختصم فيه الرجال فأولاهم به**) ش: أي أولى الرجال بإمساك الصبي م: (**أقربهم تعصيبًا**) ش: أي من حيث التعصيب أي أقرب العصبات م: (**لأن الولاية للأقرب ، وقد عرف الترتيب في موضعين**) ش: في باب الميراث وولاية الإنكاح .

م: (**غير أن الصغيرة لا تدفع إلى عصبة غير محرم**) ش: هذا استثناء من قوله : فأولاهم أقربهم تعصيبًا ، قيد بقوله الصغيرة، لأن الصغيرة تدفع إلى أقرب العصبات سواء كان محرمًا أو غير محرم م: (**كمولى العتاقة وابن العم تحرزًا عن الفتنة**) ش: لأنه لا يؤمن عليها منه، وكذلك ذو الرحم المحرم عن العصبة إذا لم يؤمن عليها منه لفسقه ومجونه لا تدفع إليه لأن في الدفع ضررًا بالصغيرة .

والأم والجدة أحق بالغلام ، حتى يأكل وحده ، ويشرب وحده ، ويلبس وحده ، ويستنجي وحده. وفي «الجامع الصغير» حتى يستغني فيأكل وحده ، ويشرب وحده ويلبس وحده ، والمعنى واحد ؛ لأن تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء .ووجهه أنه إذا استغنى يحتاج إلى التأدب والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم ، والأب أقدر على التأديب والتثقيف . والخصاف -رحمه الله- قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارًا للغالب ،

وقال الصدر الشهيد : وعند أبي حنيفة ، إذا لم يكن عصبة للصغير يدفع إلى الأخ لأم ، لأن عنده تقدم الأم ولاية . وقال في «تحفة الفقهاء » : وإن لم يكن للجارية من عصباتها غير ابن العم - والاختيار للقاضي- وإن رآه أصلح ، يضم إليه ، وإلا يوضع عند أمينة ، وقال محمد : لا حق للذكر من قبل النساء ، والتدبير إلى القاضي يدفع إلى ثقة يحضنها .

م: (**والأم والجدة أحق بالغلام حتى يأكل وحده، ويشرب وحده ، ويلبس وحده ، ويستنجي وحده**) ش: وذكر في «نوادر ابن رشيد» ويتوضأ وحده ، وتكلموا في المراد من الاستنجاء ، من مشائخنا من قال : المراد به كمال الطهارة بأن يطهر وجهه وحده بالماء ، بحيث لا يحتاج إلى من يعينه ويعلمه . ومنهم من قال : المراد منه أن يطهر نفسه ، عن النجاسة ، وإن كان لا يقدرعلى تمام الطهارة .

م: (**وفي«الجامع الصغير» :حتى يستغني فيأكل وحده ، ويشرب وحده ، ويلبس وحده**) ش: ولم يذكر فيه الاستنجاء، وشرطه في« السير الكبير» وغيره م: (**والمعنى واحد**) ش: يعني ذكر الاستنجاء فيما مضى . وذكر الاستغناء في رواية «الجامع الصغير» في المعنى واحد ،وبين المصنف ذلك بقوله : م: (**لأن تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء**) ش: أي القدرة على الاستنجاء أن يمكنه أن يفتح سراويله عند الاستنجاء ، ويشده عند الفراغ م: (**ووجهه**) ش: أي وجه ذكر الاستغناء م: (**أنه**) ش: أي أن الصغير .

م: (**إذا استغنى يحتاج إلى التأدب والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم . والأب أقدر على التأديب والتثقيف**) ش: أي التسوية م: (**والخصاف**) ش: وهو الشيخ الإمام أبو بكر أحمد بن عمر ، من كبار علمائنا .وكان يروي عن بشر بن الوليد عن أبي يوسف القاضي ، وقال صاحب «الطبقات» : أحمد بن عمر، بضم العين وقيل : عمرو، بالفتح ابن مهير وقيل : مهران الشيباني . روى عن مشائخ بخارى مثل أبي عاصم النبيل ، ومسدد «والقعنبي » وغيرهم ، وله مصنفات كثيرة ، وكان زاهدًا يأكل من كسب يده ، فلذلك سمي خصافًا . . مات ببغداد سنة إحدى وستين ومائتين .

م: (**قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارًا للغالب**) ش: لأنه إذا بلغ سبع سنين استغنى عن الحضانة غالبًا ، ويستنجي وحده وعليه الفتوى . كذا في « الكافي » وغيره ، وقدره أبو بكر الرازي بتسع ،وعند مالك الأم أحق بالغلام حتى يحتلم . وقيل : حتى يثغر ، أي حتى تبدو أسنانه ،

والأم والجدة أحق بالجارية حتى تحيض ؛ لأن بعد الاستغناء تحتاج إلى معرفة آداب النساء ، والمرأة على ذلك أقـدر ، وبعد البلوغ تحـتاج إلـى التحـصين والحفظ ، والأب فـيه أقـوى وأهدى . وعن محمد- رحمه الله -أنها تدفع إلى الأب ، إذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة إلى الصيانة .ومن سوى الأم والجـدة أحق بالجارية حتى تبلغ حداً تشـتهى. وفي « الجامع الصـغير » :حتى تسـتغني؛ لأنها لا تقدر على استخدامها ، ولهذا

وعند الشافعي يخير الغلام في سبع ، فإن اختار أحدهما وسلم إليه ، ثم اختار الآخر . فله ذلك ورد إليه ، فإن عاد واختار الأول أعيد إليه ، هكذا أبداً ، قال في «المغني» : وهذا لم ينقل عن أحد من السلف ، والمعتوه لا يخير ويكون عند الأم .

م: (**والأم والجدة أحق بالجارية حتى تحيض ؛ لأن بعد الاستغناء تحتاج إلى معرفة آداب النساء**) ش: من الغزل والطبخ وغسل الثياب م: (**والمرأة على ذلك أقدر**) ش: لأنها لو دفعت إلى الأب اختلطت بالرجال ، فقل حياؤها ، والحياء في النساء زينة م: (**وبعد البلوغ تحتاج إلـى التحصين والحفظ والأب فـيه أقـوى وأهدى**) ش: لأنهـا بعـد البلوغ تحـتـاج إلى التـزويج ، والأب فـيـه هو الأصل ، وفي التحصين والحفظ الأب أقوى ، لقدرته على ما لا تقدر عليه الأم، وأهدى إلى طريق معرفة ذلك لأنها تصير عرضة للفتنة ، ومطمعاً للرجال والنساء يخدعنها .

م: (**وعن محـمد**) ش: رواها هشـام عنه م: (**أنها تدفع إلى الأب إذا بلغت حـد الشهوة لتـحقق الحاجة إلى الصيانة ، والأب أقدر على هذا**) ش: وفي« غياث المفتي» الاعتماد على رواية هشام لفساد الزمان . وإذا بلغت إحدى عشرة سنة ، فقد بلغت حد الشهوة في قولهم ، وعند الشافعي إذا اختار الغلام أمه يكون عندها بالليل ، وعند الأب بالنهار ، والبنت أيهما اختارت ، تكون عنده ليلاً ونهاراً عند مالك م: (**ومن سوى الأم والجدة أحق بالجارية حتى تبلغ حداً تشتهى**) ش: تكلموا في حد المشتهاة ليبنى عليه ثبوت حرمة المصاهرة ، وكون الأب أولى .

وقالوا : إذا كانت بنت خمس سنين وما دونه لم تكن مشتهاة ، وإذا كانت بنت ست سنين أو ثمان سنين ، ينظر إن كانت عَبْلَة ضخمة ، كانت مشتهاة ، وإلا فلا . وقال الفقيه أبو الليث : في «أيمان الفتاوى » : الغالب ، أنها لا تشتهى ما لم تبلغ تسع سنين . قال شمس الأئمة السرخسي: وبه نأخذ .

م: (**وفي « الجامع الصغير»: حتى تستغني**) ش: ذكر أولاً رواية القدوري أن الصغيرة تترك من سوى الأب والجدة إلى أن تشتهي ، ثم ذكر رواية «**الجامع الصغير**» إلى أن تستغني ، واستغناؤها أن تأكل وحدها وتلبس وحدها ، فإذا بلغت إلى أن تشتهى واستغنت تدفع إلى الأب م: (**لأنها**) ش: أي لأن من سوى الأم والجدة مثل الأخوات ونحوها م: (**لا تقدر على استخدامها**) ش: أي على استخدام الصغيرة التي استغنت، وإن كانت تحتاج إلى تعلم آداب النساء م: (**ولهذا**) ش: أي

لا تؤاجرها للخدمة ، فلا يحصل المقصود ، بخلاف الأم والجدة لقدرتهما عليه شرعًا . وقال والأمة إذا أعتقها مولاها ، وأم الولد إذا أعتقت كالحرة في حق الولد ؛ لأنهما حرتان أو أن ثبوت الحق ، وليس لهما قبل العتق حق في الولد ؛ لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى . والذمية أحق بولدها المسلم ، ما لم يعقل الأديان أو يخاف أن يألف الكفر للنظر قبل ذلك ، واحتمال الضرر بعده ،

ولأجل عدم قدرة من سوى الأم والجدة على استخدامها م: (**لا تؤاجرها**) ش: أي الصغيرة م: (**للخدمة**) ش: أي لأجل خدمة من كان يريد استخدامها م: (**فلا يحصل المقصود**) ش: وهو التعليم . م: (**بخلاف الأم والجدة لقدرتهما عليه**) ش: أي على الاستخدام م: (**شرعًا**) ش: أي من حيث الشرع بدليل الإجارة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**والأمة إذا أعتقها مولاها ، وأم الولد إذا أعتقت كالحرة في حق الولد**) ش: وذلك بأن زوجهما مولاهما ، ثم ولدتا ، ثم عتقتا فكانتا أحق الولد من مولاهما لأن الخصومة هنا إنما تكون مع المولى ، لأن الزوج لا حق له في الولد إذ الولد يتبع الأم في الملك ومالك المملوك أحق به من غيره ، كذا في «الكافي» ، واختلف المالكية في أم الولد إذا أعتقت مع اتفاقهم على ثبوت الأم، ذكره في « الجواهر» .

م: (**لأنهما**) ش: أي الأمة وأم الولد اللتين أعتقتا م: (**حرتان**) ش: فكانتا أحق بالولد من مولاهما م: (**أو أن ثبوت الحق**) ش: أي وقت ثبوت الحق .

م: (**وليس لهما قبل العتق حق في الولد ؛ لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى**) ش: وبه قال عطاء والثوري والشافعي وأحمد . وعند مالك : تثبت الحضانة للرقيق .

م: (**والذمية أحق بولدها المسلم ، ما لم يعقل الأديان**) ش: فإن عقل الأديان يؤخذ منها ، ويدفع إلي الأب ، وبه قال مالك في المشهور وأبو القاسم وأبو ثور ، وتمنع أن تغذيه بالخمر ولحم الخنزير ، وإن خيف ضم إليه ناس من المسلمين . وقال الشافعي وأحمد : لا حضانة لها وهي رواية عن مالك م: (**أو يخاف أن يألف الكفر**) ش: أي بأن يألف الكفر ، فإن مصدرية ، أي يخاف ألفة الكفر . وأما قوله : أو يخاف، فيجوز فيه ثلاثة أوجه . الأول : النصب على تقدير : إلى أن يخاف . كما في قوله : لألزمنك أو تعطيني حقي ، أي إلى أن تعطيني .

الثاني : الرفع على أنه استئناف ؛ أي هو يخاف .

الثالث : الجزم عطفًا على قوله ما لم يعقل فيقر أو يخاف .

م: (**للنظر قبل ذلك**) ش: أي الذمية أحق بولدها المسلم لأجل النظر في حق الصغير ، قبل أن يعقل الأديان ، وقبل أن يخاف عليه من فتنة الكفر (**واحتمال الضرر بعده**) أي ولأجل احتمال

ولا خيار للغلام والجارية . وقال الشافعي - رحمه الله-: لهما الخيار لأن النبي -عليه السلام- خير .

حصول الضرر بعده ، بانتقاش أحوال الكفر في ذهنه بعد أن يعقل الأديان م: (**ولا خيار للغلام والجارية**) ش: يعني بين الأبوين بأن يكون الولد عند الأم ما لم تزوج بزوج آخر إلى المدة التي ذكرناها، وبه قال مالك .

م: (**وقال الشافعي لهما الخيار**) ش: إذا بلغا من التمييز يسلم إلى من اختاره ، وبه قال أحمد م: (**لأن النبي ﷺ خير**) ش: أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن هلال بن أسامة عن أبي ميمونة ، سليم ، ويقال : سلمان مولى من أهل المدينة ، رجل صدوق . قال : بينما أنا جالس مع أبي هريرة ، رضي الله تعالى عنه ، إذ جاءته امرأة فارسية معها ابن لها ، فادعياه، وقد طلقها زوجها . فقالت : يا أبا هريرة- ورطنت بالفارسية - زوجي يريد أن يذهب بابني . فقال أبو هريرة : استهما عليه - ورطن لها بذلك- . فجاء زوجها وقال : من يحاقني في ولدي! فقال أبو هريرة : اللهم إني لا أقول هذا إلا أني سمعت : «امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ وأنا قاعد عنده ، فقالت : يارسول الله، إن زوجي يريد أن يذهب بابني ، وقد سقاني من بئر أبي عنبة، وقد نفعني . فقال رسول الله ﷺ : استهما عليه . فقال زوجها : من يحاقني في ولدي؟ فقال النبي ﷺ : هذا أبوك ، وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت ، فأخذ بيد أمه ، فانطلقت به»[1] وجه الاستدلال ، هو أنه ﷺ خيره بقوله «**هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت**» . قوله : رطنت ، من الرطانة -بفتح الراء وكسرها -وهي كلام لا يفهمه الجمهور ، وإنما هو مواضعة بين اثنين أو ثلاثة ، والعرب تخص بها غالبًا كلام أعجم . قوله : من بئر أبي عنبة، بكسر العين المهملة ، وفتح النون وبالباء الموحدة ، وهي بئر معروف بالمدينة . عندما عرض رسول ﷺ أصحابه لما سار إلى بدر . قوله : يحاقني بالحاء المهملة وبالقاف . أي من ينازعني؟ . واستدل الشافعي أيضًا بحديث رافع بن سنان وهو الذي ذكره المصنف . وأجاب عنه على ما يأتي . أخرجه أبو داود والنسائي عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم ، فجاءت بابن لهما صغير لم يبلغ ، فأجلس النبي ﷺ الأب ههنا والأم ههنا ثم خيره ، وقال : «اللهم اهده»، فذهب إلى أمه . ولفظ أبي داود : أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأتت النبي ﷺ فقالت : ابنتي وهي فطيم، وقال

---

(١) رواه أبو داود « باب من أحق بالولد » (٢٢٧٧) ، الترمذي « في الأحكام - باب ما جاء في تخيير الغلام بين أبويه إذا افترقا » (١٣٥٧) ، والنسائي في الطلاق - باب إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد (٣٢٧١) ، وابن ماجة (٢٣٥١) من طريق هلال بن أسامة عن أبي ميمونة ، سليم، ويقال : سلمان ، ولى من أهل المدينة، رجل صدوق ، عن أبي هريرة .

قلت : وهذا إسناد صحيح . راجع صحيح أبي داود (٢/ ٤٣٠) .

ولنا أنه لقصور عقله يختار من عنده الدعة بتخليته بينه وبين اللعب ، فلا يتحقق النظر . وقد صح أن الصحابة -رضي الله عنهم - لم يخيروا . وأما الحديث فقلنا قد قال ﷺ : « اللهم اهده» فوفق لاختياره الأنظر بدعائه عليه السلام

رافع : ابنتي ، فأقعد النبي ﷺ الأم ناحية ، والأب ناحية وأقعد الصبي بينهما وقال لهما : «ادعواها» فمالت الصبية إلى أمها ، فقال عليه السلام : «اللهم اهدها» فمالت إلى أبيها ، فأخذها ، وأخرجه أحمد في «مسنده » ولفظه في : ولد صغير . م: (ولنا أنه) ش: أي أن الصغير م: (لقصور عقله يختار من عنده الدعة) ش: بفتح الدال والعين المهملة أي الراحة والخفض والهاء فيه عوض عن الواو لأنه من ودع الرجل بالواو وضم الدال ، فهو وديع أي ساكن ، وهو من باب فعل يفعل بضم العين فيهما كحسن يحسن م: (بتخليته بينه وبين اللعب) ش: أي بسبب تخلية من عنده الدعة بين الصبي وبين اللعب م: (فلا يتحقق النظر) ش: وعدم تحقق النظر على الصبي إذا اشتغل باللعب ظاهر .م: (وقد صح أن الصحابة لم يخيروا) ش: لم يتعرض إليه أحد من الشراح . وقد روى مالك والبيهقي عن أبي بكر رضي الله تعالى عنه : أنه دفع الغلام لأمه لما اختصم فيه عمر رضي الله تعالى عنه وأمه، قال فيه : سمعت رسول الله ﷺ « يقول : لا توله والدة عن ولدها »[(١)] ، أي لا يفرق بينهما ، وكل أنثى فارقت ولدها فهي والهة وقد ولهت تله ولهًا فهي والهة وواله والوله ذهاب العقل والتحير من شدة الوجد والمصنف احتج بهذا ، ومع هذا ورد ما يخالف هذا ، روى عبد الرزاق في «مصنفه» أخبرنا ابن جريج أن عبد الله بن عمر يقول : اختصم أب وأم في ابن لهما إلى عمر - رضي الله عنه - فخيره فاختار أمه فانطلقت به ، روى ابن حبان عن أبي هريرة- رضي الله عنه - أنه خير غلامًا بين أبيه وأمه

م: (وأما الحديث) ش: أشار به إلى الحديث الذي استدل به الشافعي ، وهو قوله : لأن النبي ﷺ خيره، وأشار به إلى الجواب عنه فقال م: (فقلنا قد قال ﷺ: «اللهم اهده » فوفق لاختياره الأنظر بدعائه عليه السلام)[(٢)] ش: هذا جواب عما استدل به الشافعي في حديث التخيير ؛ بيانه ،

---

(١) رواه البيهقي من طريق ابن لهيعة عن عمر بن عبد الله مولى غفرة أنه أخبره عن زيد بن إسحاق ابن جارية أنه أخبره أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حين خاصم إلى أبي بكر رضي الله عنه في ابنه فقضى به أبو بكر رضي الله عنه لأمه ثم قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول: « لا توله والدة عن ولدها » السنن (٨/ ٥) . قلت : وفيه ابن لهيعة ، وهو ضعيف ، وعمر بن عبد الله ، وهو ضعيف أيضاً، وزيد بن إسحاق لم أجد من ترجم له .

(٢) أخرجه أبو داود (٢٢٤٤) والنسائي في الطلاق - باب إسلام أحد الزوجين وتخير الولد ، (٣٢٧٠) ، والدارقطني في الطلاق (٤/ ٤٤)، وابن ماجة (٢٣٥٢) عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان .

قلت : وعبد الحميد بن جعفر متكلم فيه . وحديث ابن ماجة من طريق عثمان البتي عن عبد الحميد بن سلمة عن أبيه عن جده ، وعبد الحميد بن سلمة مجهول ، وسلمة أبوه مجهول أيضاً .

أنه لو كان للتخيير اعتبار ، لم يقل النبي ﷺ :« **اللهم اهده» فوفق لاختياره الأنظر في حقه ببركة** دعائه عليه السلام، ولم يوجد ذلك فيما نحن فيه م: (**أو يحمل على ما إذا كان بالغًا**) ش: هذا جواب ثان عن حديث الشافعي ، ولكن ليس بموجه ولا يرضى الخصم لأنه صرح فيه فجاء بابن لهما صغير لم يبلغ وهو في حديث رافع بن سنان الذى مضي عن قريب .

وفي رواية أخرجها أبو داود عن رافع بن سنان ولفظه : أنه أسلم وأبت امرأته فأتت النبي ﷺ فقالت: ابنتي وهي فطيم، وقال رافع : ابنتي . وأقعد النبي ﷺ الأم ناحية والأب ناحية ، فأقعد الصبية بينهما، وقال لهما: «ادعواها »، فمالت الصبية إلى أمها ، فقال النبي ﷺ : «**اللهم اهدها** »، فمالت إلى أبيها وأخذها ، انتهى ، وهذا إيضاح صرح فيه بالصبية وأنها فطيم فكيف يكون الولد بالغًا ؟والمعنى أن أصحابنا قصروا في هذا الباب حيث يستدل الخصم بالأحاديث الصحيحة ، وهم يستدلون بالدليل العقلي .

وأجابوا عن حديث أبي هريرة بأربعة أجوبة ، الأول : أنه عليه السلام أمر إما بالاستهام وهو متروك بالإجماع، والثاني :لم يذكر فيه الطلاق، وقولها : إن زوجي دليل على قيام النكاح، والثالث : ليس فيه سبع سنين ، والخصم يشترط التخيير في سبع سنين، والرابع : أن بئر أبي عنبة كانت بالمدينة ، ولا يمكن للصغير أن يسقي منها ، ولا يخلو الكل عن تأمل ، واعلم أن الابن إذا بلغ يخير بين أبويه . فإن أراد أن ينفرد فله ذلك ، إلا إذا كان فاسقًا يمضي عليه شيء ، فحينئذ يضمه الأب إلى نفسه ، لأنه أقدر على صيانته ، أما الجارية فإن كانت بكراً يضمها إلى نفسه سواء كانت مأمونة أو غير مأمونة .

فإن كانت ثيبًا مأمونة ليس له أن يجبرها حتى تكون معه لزوال ولايته عنها كذا في نسخ «الفتاوى » وغيرها قاله الأترازى. وفي «الكافي» اختلعت على أن تترك ولدها عند الزوج ، فالخلع جائز والشرط باطل .

***

فصل

وإذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك؛ لما فيه من الإضرار بالأب، إلا أن تخرج به إلى وطنها ، وقد كان الزوج تزوجها فيه ؛ لأنه التزم المقام فيه عرفًا وشرعًا. قال ﷺ: «من تأهل ببلدة فهو منهم»،

م: (**فصل**)

ش: أي هذا فصل في بيان حكم من يريد إخراج الصغيرة إلى القرى ، وبين ذلك بقوله في فصل على حدة .

م: (**وإذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك**) ش: هذا بعد انقضاء عدتها ، فإنه صرح به في «جامع قاضي خان» وغيره م: (**لما فيه من الإضرار بالأب**) ش: أي في الخروج بالولد لانقطاع ولده عنه م: (**إلا أن تخرج به**) ش: بولدها من المصر م: (**إلى وطنها**) ش: هذا استثناء من قوله فليس لها ذلك م: (**وقد كان الزوج**) ش: أي والحال أن الزوج م: (**تزوجها فيه**) ش: أي في وطنها م: (**لأنه التزم المقام فيه عرفًا وشرعًا**) ش: أما العرف فلأن الزوج يقيم في البلد الذي يتزوج فيه عادة ، إلا أنه يلزمها متابعة الزوج إذا أعطاها جميع المهر رضيت بذلك أو لم ترض . فبعد زوال الزوجية يعود الأمر الأول .

وأما شرعًا : فلأن العقد متى وجد في مكان العقد، والأولاد من ثمرات عقد النكاح ، فيجب إمساكها في موضع العقد ، بخلاف ما إذا أراد النقل إلى مصر ليس هو مصرها، ولم يكن ثمة أصل النكاح ، ليس لها أن تنقل الأولاد وكذا إذا أرادت الانتقال بالأولاد إلى مصرها ، لكن ثمة أصل النكاح لعدم دليل العرف والشرع .

م: (**قال ﷺ**) ش: أي قال النبي ﷺ : م: (**من تأهل ببلدة فهو منهم**)[1] ش: لم يتعرض أحد من الشراح لهذا الحديث ، ولا بمجرد ذكره . روى هذا الحديث ابن أبي شيبة في «مصنفه» ، حدثنا المعلى بن منصور عن عكرمة بن إبراهيم الأزدي عن عبد الله بن عبد الرحمن بن الحارث ابن أبي ذئاب عن أبيه أن عثمان -رضي الله تعالى عنه- : صلى بمنى أربعًا ، ثم قال : قال رسول الله ﷺ : «من تأهل في بلدة فهو من أهلها يصلي بصلاة المقيم، وإني تأهلت منذ قدمت مكة» .

ورواه أبو يعلى الموصلي في« مسنده» كذلك ، ولفظه : سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا تزوج الرجل ببلد فهو من أهله ، وإنما أتممت لأني تزوجت بها منذ قدمتها » . ورواه أحمد في «مسنده»، ولفظه : سمعت رسول الله ﷺ يقول: من تأهل في بلد فليصل صلاة مقيم .

واستدل به المصنف لقوله لأنه اليوم المقيم فيه شرعًا ، حاصله أن الرجل إذا تزوج امرأة في

---

(١) قال الهيثمي في المجمع (٢/ ١٥٦) : رواه أحمد وأبو يعلى، وفيه عكرمة بن إبراهيم، وهو ضعيف.

ولهذا يصير الحربي به ذميًا .وإن أرادت الخروج إلى مصر غير وطنها ، وقد كان التزوج فيه، أشار في الكتاب إلى أنه ليس لها ذلك . وهذه رواية كتاب الطلاق . وذكر في «الجامع الصغير» أن لها ذلك ؛ لأن العقد متى وجد في مكان فيه يوجب أحكامه فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه .

بلد هو وطن المرأة يكون من أهل ذلك البلد .

م: (**ولهذا يصير الحربي به**) ش: أي بالتزوج . قاله الأترازي والأكمل م: (**ذميًا**) ش: وقال تاج الشريعة: الضمير يرجع إلى التزام المقام . وبيانه أنه لما استدل بقوله التزم المقام عرفًا وشرعًا ، فلقائل أن يقول هب أنه التزم المقام، فلماذا يصير مقيمًا ؟ فيجاب عنه بأنه لالتزام المقام أثر ، ولهذا يصير الحربي ذميًا . قيل: هذا خلاف المفهوم من كلامه . وقال «صاحب النهاية» : هذا وقع غلطًا، أي قوله : ولهذا يصير الحربي به ذميًا . فإنه ذكر في غير هذا الكتاب أن المستأمن إذا تزوج ذمية لا يصير ذميًا ، لأنه يمكنه أن يطلقها ويرجع . وقد وجدت بخط شيخي: ليس في النسخة التي قوبلت بنسخة المصنف هذه الجملة .

وقال الأترازي : ونقل عن الإمام حافظ الدين الكبير ، أن هذه الجملة ليست في النسخة التي قوبلت مع نسخة المصنف ، فعلى هذا يكون السهو من الكاتب ، لأنه قال في « السير الكبير » بعد كتاب الحدود في أرض الحرب بباب : وإذا دخلت المرأة من أهل الحرب دار الإسلام بأمان وهي كتابية ، فتزوجها ذمي أو مسلم فقد صارت ذمية لأن لزوجها أن يمنعها عن العود إلى دار الحرب ، فكان الإقدام على النكاح مع علمها أن لزوجها أن يمنعها عن العود إلى دار الحرب رضي منها بالمقام في دار الإسلام .

وأما الحربي إذا تزوج ذمية لا يصير ذميًا ؛ لأن المرأة ليس لها أن تمنع زوجها من دار الحرب، انتهى .

وغير بعضهم لفظ الحربي بلفظ الحربية حتى ترد السؤال . وقال بعضهم : لا حاجة إلى تغيير اللفظ لجواز أن يكون الحربي صفة لشخص ؛ أي الشخص الحربي ذكراً كان أو أنثى . قلت: هذا بعيد جداً .

م: (**وإن أرادت الخروج إلى مصر غير وطنها**) ش: صفة المصر م: (**وقد كان التزوج فيه**) ش: أي والحال إن تزوج الزوج فيه أي في مصر غير وطنها م: (**أشار في الكتاب**) ش: أي القدوري، وقيل المراد به «المبسوط» م: (**إلى أنه ليس لها ذلك ، وهذه رواية كتاب الطلاق**) ش: من الأصل .

م: (**وذكر**) ش: أي محمد م: (**في «الجامع الصغير» أن لها ذلك؛ لأن العقد متى وجد في مكان فيه**) ش: أي في ذلك المكان م: (**يوجب أحكامه فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه**) ش: أي

ومن جملة ذلك حق إمساك الأولاد . وجه الأول: أن التزوج في دار الغربة ليس التزامًا للمكث فيه عرفًا ، وهذا أصح . والحاصل أنه لا بد من الأمرين جميعًا ، الوطن ووجود النكاح ، وهذا كله إذا كان بين المصرين تفاوت . أما إذا تقاربا بحيث يمكن للوالد أن يطالع ولده ويبيت في بيته فلا بأس به . وكذا الجواب في القريتين ، ولو انتقلت من قرية المصر إلى المصر لا بأس به؛ لأن فيه نظرًا إلى الصغير حيث يتخلق بأخلاق أهل المصر، وليس فيه ضرر بالأب ، وفي عكسه ضرر بالصغير ، لتخلقه بأخلاق أهل السواد فليس لها ذلك .

تسليم المعقود عليه في موضع العقد م: **(ومن جملة ذلك حق إمساك الأولاد)** ش: لأن الأولاد من ثمرات النكاح فيوجب إمساكها في موضع العقد م: **(وجه الأول)** ش: أراد به قوله ليس لها ذلك وهو رواية كتاب الطلاق م: **(أن التزوج في دار الغربة ليس التزامًا للمكث فيه عرفًا)** ش: أي من حيث العرف أراد بأن العرف لم يجر بأن يكون للتزوج في دار الغربة التزامًا للإقامة م: **(وهذا أصح)** ش: أي الوجه الأول هو الأصح .

م: **(والحاصل أنه لا بد من الأمرين جميعًا الوطن ووجود النكاح)** ش: أي لانتقال الأم بالأولاد الصغار ، ولا بد من وجود أمر آخر وهو أن تريد الانتقال إلى دار الحرب ، فإنه ذكر في «شرح كتاب الطحاوي » : ولو أرادت الانتقال إلى دار الحرب ، وإن كان أصل النكاح وقع هناك في حربية بعد أن يكون زوجها مسلمًا أو ذميًا ، ليس لها ذلك ، ولو كان كلاهما حربيين فلهما ذلك م: **(وهذا كله)** ش: أي هذا الذي ذكرناه كله : م: **(إذا كان بين المصرين تفاوت)** ش: أراد به البعد بحيث لا يمكن الأب رجوعه إلى بيته في يوم مطالعة أولاده م: **(أما إذا تقاربا)** ش: أي المصران م: **(بحيث يمكن للوالد أن يطالع ولده ويبيت في بيته فلا بأس به، وكذا الجواب في القريتين)** ش: يعني إذا كانت قريبتين بحيث يمكن الأب مطالعة الأولاد في يومه فلها ذلك وإلا فلا .

م: **(ولو انتقلت من قرية المصر إلى المصر لا بأس به ؛ لأن فيه نظرًا إلى الصغير ، حيث يتخلق بأخلاق أهل المصر، وليس فيه ضرر بالأب ، وفي عكسه)** ش: وهو الانتقال من المصر إلى القرية م: **(ضرر بالصغير لتخلقه بأخلاق أهل السواد فليس لها ذلك)** ش: أي ليس لها أن تنقل الصغار من المصر إلى القرية ، إلا إذا وقع العقد فيها فحينئذ لها ذلك . ذكره في «شرح الطحاوي »وفي «فتاوى البقالي» ليس لها ذلك بحال وقع العقد هناك أولاً .

فروع : لو جاءت بصبي، وقالت : هذا ابن بنتي وقد ماتت ، فأعطني نفقته ، فقال إنها لم تمت وهي في منزلي ، وأراد أخذه منها لم يكن له ذلك حتى يعلم القاضي أمه ، فيجيء بها ، فيأخذه منها . وإن جاء بامرأة وقال هذه بنتك وهي أمه ، وقالت ابنتي ماتت، فالقول للزوج ؛ لأن الفراش لهما ، قال الأب هو ابن ست سنين ، وقالت ابن سبع : إن كان يأكل وحده ويلبس وحده دفع إليه وإلا فلا .

....

ولو ادعى التزوج عليها بأخرى وأنكرت ، فالقول لها . ولو قالت : طلقني وعاد حقي ، إن لم تعين الزوج فالقول لها ، وإن عينت لا يقبل قولها في الطلاق . وإن كان معسراً فقالت العمة أنا أولى بغير أجر ، والأم طلبت أجره ، فالعمة أولى ، وهو الصحيح .

* * *

باب النفقة

قال : النفقة واجبة للزوجة على زوجها ، مسلمة كانت أو كافرة ، إذا أسلمت نفسها في منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها . والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ﴾ (الطلاق: الآية ٧) ، وقوله تعالى : ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ (البقرة : الآية ٢٣٣) ،

م: (باب النفقة)

ش: أي : هذا باب في بيان أحكام النفقة ، وهي اسم بمعنى الإنفاق ، وهي عبارة عن الإدرار على الشيء بما به بقاؤه . والنفقة تجب بأسباب الزوجية ، ومنها النسب ومنها الملك ، والكل يجيء بيانه على الترتيب مشتملاً على ذكر فصول على ما يجيء إن شاء الله تعالى .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (**النفقة واجبة للزوجة على زوجها ، مسلمة كانت أو كافرة . إذا أسلمت نفسها في منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها**) ش: أي في منزل الزوج . قال الأقطع في «شرحه» : تسليمها نفسها شرط في وجوب النفقة ولا خلاف في ذلك . وقال الأترازي : فعلم بهذا إذا ادعى بعض الشراح للهداية ، بقوله هذا الشرط ليس بلازم في ظاهر الرواية .

فإنه ذكر في «المبسوط» وهو ظاهر الرواية بعد صحة العقد ، النفقة واجبة لها وإن لم تنتقل إلى بيت الزوج . ألا ترى أن الزوج لو لم يطلب انتقالها إلى بيت الزوج جاز لها أن تطالبه بالنفقة . وقال في «الإيضاح» : وهذا لأن النفقة حق المرأة ، والانتقال حق الزوج فإذاً يطالبها بالنفقة ، فقد ترك حقه وهذا لا يوجب بطلان حقها .

وقال في «النهاية» : وقال بعض المتأخرين من أئمة بلخ : لا تستحق النفقة إذا لم تزف إلى بيت زوجها . والفتوى على جواب الكتاب ، وهو وجوب النفقة وإن لم تزف فإن كان الزوج قد طالبها بالنفقة ، وإن لم تمتنع من الانتقال إلى بيت زوجها فلها النفقة أيضًا ، وأما إذا كان الامتناع بحق بأن امتنعت لتستوفي مهرها ، فلها النفقة أيضًا ، وإن كان الامتناع بغير حق ، بأن كان أوفاها المهر ، أو كان المهر مؤجلاً أو وهبته منه ، فلا نفقة لها ، فكل من كان محبوسًا لغيره بحق مقصود ، كانت نفقته عليه .

م: (**والأصل في ذلك**) ش: أي في وجوب النفقة م: (**قوله تعالى :﴿ لينفق ذو سعة من سعته ﴾ (الطلاق: الآية ٧)**) ش: أمر بالإنفاق ، والأمر للوجوب، والسعة : القدرة م: (**وقوله تعالى :﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ (البقرة : الآية ٢٣٣)**) ش: المولود له هو الأب[ورزقهن : الأمهات] قوله تعالى :﴿ **بالمعروف** ﴾ أي بالوسط . وقال الزجاج في تفسيره : بما تعرفون أنه العدل على قدر الإمكان ، وكلمة على للإيجاب .

وقوله ﷺ في حديث حجة الوداع : «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»؛ ولأن النفقة جزاء الاحتباس ، فكل من كان محبوسًا بحق مقصود لغيره ، كانت نفقته عليه، وأصله القاضي والعامل في الصدقات ، وهذه الدلائل لا فصل فيها ، فتستوي فيها المسلمة، والكافرة . ويعتبر في ذلك حالهما جميعًا ، قال : وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى .

م: (**وقوله ﷺ**) ش: أي قول النبي ﷺ م: (**في حديث حجة الوداع: «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»**) ش: هذا الحديث رواه مسلم عن جابر بن عبد الله ، وهو حديث طويل جداً ، وفيه : «فاتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمان الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه ، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربًا غير مبرح ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف . . . » الحديث أخرجه مسلم في باب حجة الوداع .

م: (**ولأن النفقة جزاء الاحتباس**) ش: أي احتباس المرأة عند الرجل م: (**فكل من كان محبوسًا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه**) ش: لا يقال يرد على هذا نفقة الرهن ، فإنها على الراهن مع أنه محبوس بحق المرتهن ، لأنا نقول سلمنا أنه محبوس عند المرتهن ولكن لا نسلم أنه محبوس بحق هو مقصود للمرتهن فحسب . فإنه كما يحصل مقصود المرتهن يحصل مقصود الراهن أيضًا . ألا ترى أنه إذا هلك ، هلك الدين الذي على الراهن مضمونًا بأقل من قيمته ومن الدين ، لكن على هذا كان ينبغي أن تجب النفقة عليهما جميعًا إلا أن النفقة لما كانت لبقية الرهن وهو على ملك الراهن ، وجبت عليه خاصة كالوديعة يجب نفقتها على صاحب المال .

م: (**وأصله**) ش: أى أصل من كان محبوسًا لمنفعة ترجع إلى غير م: (**القاضي والعامل في الصدقات**) ش: لأنهما حبسا أنفسهما لمصالح المسلمين فيجب كفايتهما ، وكذلك المفتي والمتولي والوصي والمضارب إذا سافر بمال المضاربة والمقاتلة اذا قاموا بكفاية المسلمين في دفع عدوهم يجب كفايتهم م: (**وهذه الدلائل**) ش: أشار به إلى ما ذكره من الكتاب والسنة ، وقال الأترازي : أي الآيات الدالة على وجود النفقة والدليل العقلي . م: (**لا فصل فيها**) ش: أي لا فرق فيها بل على إطلاقها م: (**فتستوي فيها المسلمة والكافرة**) ش: والغنية والفقيرة ، والموطوءة وغير الموطوءة ، والمنتقلة إلى بيت زوجها وغير المنتقلة م: (**ويعتبر في ذلك حالهما جميعًا**) ش: أي حال الزوجين . وهذا لفظ القدوري .

م: (**قال**) ش: أي المصنف م: (**وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى**) ش: أي على اختيار الخصاف الفتوى . وظاهر الرواية عن أصحابنا اعتبار حال الرجل في اليسار والإعسار دون حال المرأة . وبه صرح محمد في الأصل والحاكم في «الكافي» وصاحب «الشامل» في قسم المبسوط ، والإمام الأسبيجابي في «شرح الطحاوي» ، وإليه ذهب الكرخي وكثير من مشائخنا المتأخرين ، كصاحب «التحفة» وصاحب «النافع» وغيرهم ، وهو قول الشافعي .

وتفسيره أنهما إذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار . وإن كانا معسرين فنفقة الإعسار. وإن كانت المرأة معسرة والزوج موسراً ، فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات . وقال الكرخي- رحمه الله - : يعتبر حال الزوج ، وهو قول الشافعي - رحمه الله - ؛ لقوله تعالى : ﴿لينفق ذو سعة من سعته﴾ (الطلاق : الآية٧). ووجه الأول قوله ﷺ لهند امرأة أبي سفيان : خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف

م: (**وتفسيره**) ش: أي تفسير قول الخصاف م: (**أنهما**) ش: أي أن الزوجين م: (**إذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار ، وان كانا معسرين فنفقة الإعسار**) ش: أي تجب نفقة الاعسار م: (**وان كانت المرأة معسرة والزوج موسراً**) ش: أي وكان الزوج موسر م: (**فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات**) ش: وفي «الذخيرة» : بيانه ، إذا كان الزوج موسراً بفرط اليسار نحو أن يأكل الحلوى واللحم المشوي والباحات ، والمرأة فقيرة كانت تأكل في بيتها خبز الشعير ، لا يؤخذ الزوج بأن يطعمها ما يأكل بنفقته ، ولا ما كانت المرأة تأكل في بيتها ، ولكن يطعمها فيما بين ذلك ، ويطعمها خبز البر ، وباحة وباحتين ، فهذا معنى اعتبار حالهما .

وأما إذا كان الزوج معسراً والمرأة موسرة ، لم يذكر المصنف هذا القسم ، قال الأترازي: لا أدري كيف ذهب عنه ، ولا بد من ذكره فقال الخصاف في كتابه: يفرض له نفقة صالحة ، يعني وسطًا ، فيقال له تكلف إلى أن تطعمها خبز البر وباحة وباحتين ، كي لا يلحقها الضرر .

وقال الأترازي : هذا التكليف ، تكليف ما ليس في الوسع ، فلا يجوز . قال الإمام السرخسي : لم يذكر صاحب الكتاب أنه يؤاكلها ؛ يعني الخصاف لم يذكره في كتاب النفقات ، ثم قال : ولكن مشايخنا قالوا المستحب له أن يؤاكلها لأنه مأمور بحسن العشرة معها ، وزاد في أن يؤاكلها ليكون نفقتها ونفقته سواء .

م: (**وقال الكرخي : يعتبر حال الزوج ، وهو قول الشافعي ؛ لقوله عز وجل: ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ﴾ (الطلاق : الآية ٧)**) ش: وهو ظاهر الرواية وقال الله تعالى : ﴿ **ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله** ﴾ (**الطلاق : الآية ٧**) بين أن التكليف بحسب الوسع وأن النفقة على حسب حاله .

ولما زوجت نفسها من معسر ، فقد رضيت بنفقة المعسرين ، فلا يستوجب على الزوج إلا بحسب الزوج وحاله .

م: (**ووجه الأول**) ش: أي وجه اعتبار حالهما وهو اختيار الخصاف م: (**قوله ﷺ**) ش: أي قول النبي ﷺ م: (**لهند امرأة أبي سفيان خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف**) ش: هذا الحديث أخرجه الجماعة غير الترمذي عن هشام عن عروة عن أبيه عن عائشة -رضي الله تعالى عنها- أن هنداً أم معاوية قالت : « **يا رسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح ، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه ، وهو لا يعلم . فقال عليه السلام: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف** » .

اعتبر حالها ، وهو الفقه . فإن النفقة تجب بطريق الكفاية . والفقيرة لا تفتقر إلى كفاية الموسرات ، فلا معنى للزيادة . وأما النص فنحن نقول بموجبه أنه يخاطب بقدر وسعه ، والباقي دين في ذمته ،

م: (**اعتبر حالها**) ش: أي اعتبر عليه السلام حال المرأة ولقائل أن يقول هذا الدليل غير مطابق للمدعى ، وهو الاعتبار بحالها .

والحديث يدل على اعتبار حالها ، وأما اعتبار حاله فالآية تدل عليه ، والخصم يدل عليه ، فإذًا الآية تدل على اعتبار حاله والحديث على اعتبار حالها فوجب الجمع بينهما ، بأن يكون حاله معتبرة من جهة وحالها كذلك .

فإن قيل : هذا على تقدير التعارض والحديث لا يعارض الآية لكونه من الأحاديث ، فالجواب أن الحديث تفسير لقوله تعالى : ﴿ **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف** ﴾ (**البقرة: الآية ٣٣٣**) ، فتكون المعارضة حينئذ بين الآيتين فيجمع بينهما م: (**وهو الفقه**) ش: أي اعتبار حال المرأة هو الفقه ؛ أي هو الذي يفهم من الدلائل .

وأشار بهذا إلى أنه اختار قول الخصاف حيث اعتبر حالهما ، لكن ذكر الدليل من جهة نفسه لما اختاره ، وإنما قلنا من جهة نفسه لئلا يرد عليه اعتراض الأترازي حيث قال قوله :

م: (**فإن النفقة**) ش: قوله فلا معنى للزيادة وفيه نظر ، لأنه ما بقي بين الدليل والمدلول مطابقة ، لأن صاحب «الهداية» أورده دليلاً لقول الخصاف وقول الخصاف اعتبار حال المرأة وحدها ، انتهى .

ونحن نقول اختيار المصنف ما اختاره الخصاف ، ولكن دليله من جهة ويرد ما ذكره ، ثم بين ذلك بقوله لأن النفقة م: (**تجب بطريق الكفاية ، والفقيرة لا تفتقر إلى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة**) ش: يعني عن كفايتها نظرًا إلى حال الزوج ثم أجاب عن قوله تعالى : ﴿ **لينفق ذو سعة من سعته** ﴾ (**الطلاق : الآية ٧**) ، بقولهم: (**وأما النص فنحن نقول بموجبه**) ش: أي بموجب النص وهو م: (**أنه يخاطب بقدر وسعه**) ش: لئلا يلزم التكليف بما ليس بالوسع ، لكن زاد كفايتها على ما في وسعه يكون دينًا عليه وهو معنى م: (**والباقي دين في ذمته**) ش: عملاً بالدليلين ، ولا يؤديه مع العجز .

واعترض الأترازي على المصنف بقوله : وهذا لا يكون جوابًا لما ذهب إليه الكرخي من ظاهر الرواية ، لأن نص القرآن لا يثبت الزيادة على نفقة الإعسار ، فمن أين يثبت الزيادة بموجب النص حتى يكون دينًا عليه ؟ انتهى .

قلت : المصنف لم يثبت الزيادة بقوله تعالى :﴿ **لينفق ذو سعة من سعته** ﴾ (**الطلاق : الآية ٧**) حتى [. . .] ما قال ، وإنما أثبت الزيادة بقوله تعالى :﴿ **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن** ﴾ (**البقرة : الآية ٢٣٣**) ، الآية ، وفيما قاله عملاً بالدليلين ، وهذه الآية تدل على وجوب كفايتهن بكلمة

ومعنى قوله :« بالمعروف» : الوسط، وهو الواجب، وبه يتبين أنه لا معنى للتقدير كما ذهب إليه الشافعي - رحمه الله - أنه على الموسر مدان ، وعلى المعسر مد ، وعلى المتوسط مد ونصف مد؛

على غير أنه إذا عجز عن الكفاية لا يكلف في الحال بل الزيادة على الكفاية في ذلك الوقت يكون دينًا عليه ، والعمل بالنص أولى من ترك أحدهما .

م: (**ومعنى قوله «بالمعروف» الوسط**) ش: أي قوله عليه السلام بالمعروف في قوله لهند امرأة أبي سفيان : «**خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف**» ، وكذا في قوله تعالى: ﴿ **وعلى المولود له رزقهن** ﴾ (**البقرة : الآية ٢٣٣**) الآية الوسطى م: (**وهو الواجب**) ش: أي الوسط هو الواجب ، وفي «المبسوط» : يجب على القاضي اعتبار الكفاية بالمعروف فيما فرض في كل وقت وزمان .

فكما يفرض لهما قدر الكفاية من الطعام ، فكذلك من الإدام لأن الخبز لا يتناول عادة إلا مأدومًا وجاء في تأويل قوله عز وجل: ﴿ **من أوسط ما تطعمون أهليكم**﴾ (**المائدة : الآية ٨٩**) ، أنه أعلى ما يطعم الرجل امرأته الخبز واللحم وأوسطه الخبز والزيت وأدناه الخبز واللبن ، وأما الدهن يستغنى عنه خصوصًا في زيادة الحر فهو من أهول الحوائج كالخبز .

م: (**وبه**) ش: أي وبالمعروف المذكور في القرآن والحديث م: (**يتبين أنه لا معنى للتقدير**) ش: أي في تقدير النفقة م: (**كما ذهب إليه**) ش: أي إلى التقدير م: (**الشافعي أنه**) ش: أي التقدير م: (**على الموسر مدان، وعلى المعسر مد ، وعلى المتوسط مد ونصف مد**) ش: المد بالضم وتشديد الدال رطل وثلث بالعراقي عند الشافعي وأهل الحجاز ، ورطلان عند أبي حنيفة وأهل العراق ، وقيل إن أصل المد مقدر بأن يمد الرجل يديه فيملأ كفيه طعامًا .

وقال الماوردي في «الحاوي» : ما ملخصه : إن الأصل في اعتبار الحب في النفقة الكفارات؛ لأنه طعام يقصد به في الحرمة ويستقر في الذمة وفي النكاح عليه تمليكها حبًا ، وعليه طحنه وخبزه في الأصح ، ويجوز الاعتياض في الأصح إلا دقيقًا وخبزًا على المذهب ، ولو أكلت معه سقطت نفقتها في الأصح وفي «المغني» : إيجاب الحب تحكم ، فإن الشرع ورد بالإنفاق مطلقًا من غير قيد ولا تقدير ، فيجب أن يرد إلى العرف والعادة وذلك في الطعام دون الحب .

وما بلغنا عن أحد السلف أنه أطعم زوجته حبًا ولا حكم بذلك الحاكم ، وقد تركوا قوله في جميع البلاد الإسلامية على تقدير مد [. . .] على الأكابر .

وعن مالك يفرض بمد تمر وإن كان كل يوم .

وهو مد وثلث بمد النبي ﷺ قال ابن حبيب : أخذه هشام بن إسماعيل بغرض نفقة الزوجات ما استحسنه مالك ، وهو ظاهر خلاف مذهبه ، ومذهبنا ما ذكره علماؤنا فقال في مختصر شرح

....

«الكافي» للحاكم الشهيد : إذا كان الرجل صاحب مائدة وطعام كثير، تتمكن من تناول مقدار كفايتها ، فليس لها أن تطالب الزوج بفرض النفقة، وإن يكن بهذه الصفة ، فخاصمت في النفقة يفرض لها بالمعروف ، وهو فوق التقتير ، دون الإسراف ، رعاية للجانبين .

ولا تقدر النفقة بالدراهم ؛ لأن المقصود الكفاية ، وقد يرخص السعر ولا يغلو ، فلا يحصل المقصود ، فكما يفرض لها الطعام بقدر الكفاية كل يوم يفرض الإدام أيضًا لأن الخبز لا يتناول إلا مأدومًا عادة ، وكذلك يفرض الدهن لأنه لا يستغنى عنه .

وقال في الأقضية : لا إدام إلا على اللحم والأوسط الزيت والأدنى اللبن والحطب والصابون والأشنان ، وثمن ماء الاغتسال عليه ، كذا في «خلاصة الفتاوى» ويفرض لها من الكسوة ما يصلح للشتاء والصيف .

ففي الشتاء قميص وملحفة وخمار وكساء كأرخص ما يكون كفايتها بما دونها ، إن كان الرجل معسرًا ولا كساء في الصيف ، وإن كان موسرًا فأجود من ذلك على قدر اليسار والخادم قميص وإزار وكساء كأرخص ما يكون ولا كساء في الصيف ، وإن كان الرجل موسرًا فأجود ما يكون من ذلك .

وقال محمد : في الأصل من التقدير بالدراهم بقوله إن كان معسرًا فرض لها من النفقة كل شهر أربعة دراهم أو خمسة أو ما بين ذلك ، ولخادمها ثلاثة دراهم وأقل من ذلك أو أكثر ، وإن كان موسرًا ، عليه للمرأة ثمانية دراهم أو سبعة أو نحو ذلك ، ولخادمها ثلاثة دراهم أو أربعة أو نحو ذلك ، فذاك ليس بتقدير لازم ، بل هو بناء على ما شاهده محمد في ذلك الوقت من عرف زمانه ، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح « الكافي » وشمس الأئمة البيهقي في «الشامل» .

وقال السرخسي : لم يذكر محمد في الأصل كسوة المرأة الإزار والخف في شيء من المواضع ، وذكر الإزار في كسوة الخادم ولم يذكر الخف أيضًا ، وإن كانت الخادمة ممن يحتاج أن تخرج إلى الحوائج ، فلها الخف والمكعب بحسب ما يكفيها .

وأما المرأة فإنها مأمورة بالقرار في البيت ممنوعة من الخروج ، فلا تستوجب الخف والمكعب على الزوج ، وكذلك لا تستوجب الإزار لأنها تكون مهيئة نفسها بنشاط الزوج ، فليس على الزوج أن يتخذ ما يحول بينه وبين حقه فلهذا لم يذكر الإزار، هذا لفظه في شرح «الكافي» .

وقال في «خلاصة الفتاوى» : هذا في ديارهم بحكم العرف ، أما في ديارنا فيفرض الإزار والمكعب ، ويفرض ما تنام عليه .

لأن ما وجب كفاية لا يتقدر شرعًا في نفسه . وإن امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها ، فلها النفقة ؛لأنه منع بحق ، فكان فوت الاحتباس لمعنى من قبله ، فيجعل كالأموات.

وقال الخصاف : ويجعل لها ما تنام عليه مثل الفراش والمضربة والمرفقة في الشتاء ولحافًا يتغطى به .

قال شمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب «النفقات» ذكر لها كتابًا على حدة ولم يكتف بفراش واحد ، لأنها ربما تنعزل عنه في أيام الحيض أو في زمان مرضها .

وقال الحاكم الشهيد: وقال محمد لا ينبغي أن يوقت النفقة على الدراهم ، لأن السعر يغلو ويرخص ، ولكن يجعل النفقة على الكفاية في كل زمان ، فينظر قيمته ، فيفرض لها عليه دراهم شهراً بشهر .

قال السرخسي : وهذا بناء على عادتهم ، وبعض المتأخرين من مشائخنا قالوا يعتبر في ذلك حال الرجل فإنه إن كان محترفًا يفرض عليه النفقة يومًا يومًا لأنه يتعذر عليه أداء نفقة شهر دفعة واحدة . وإن كان من التجار يفرض عليه الأداء شهرًا، وإن كان من الدهاقين يفرض عليه النفقة دراهم على الكفاية في كل زمان ، فينظر قيمة ذلك ، فيفرض لها عليه دراهم شهر بشهر لتيسير الأداء عليه .

كذلك عند إدراك الغلة واتخاذ غلة الحوانيت ، أما الكسوة فيفرض في السنة مرتين .

م: (**لأن ما وجب كفاية لا يتقدر شرعًا في نفسه**) ش: لأنها مما يختلف فيها أحوال الناس بحسب الشباب والمهرم ، وبحسب الأوقات والأماكن ففي التقدير قد يكون إضراراً بأحدهما وفي « المبسوط »: وكل جواب عرفته من اعتبار حاله أو حالها في فرض النفقة فهو الجواب في كسوة .

م: (**وإن امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة ؛ لأنه منع بحق ، فكان فوت الاحتباس لمعنى من قبله فيجعل كالأموات**) ش: المراد من المهر هو العاجل ، وبه صرح في «شرح الطحاوي» فقال : ولو أنها منعت نفسها لأجل مهرها العاجل ، فلها النفقة لأن هذا منع بحق . وقال في « التحفة » : وإن كان الامتناع بغير حق ، بأن أوفاها الزوج المهر مؤجلاً، فإنه يسقط النفقة لأنه وجد النشوز منها ، لكن ينبغي لك أن تعرف أن الامتناع لطلب المهر إذا كان قبل الدخول لا يزيل النفقة اتفاقًا لأنه منع بحق وكذلك بعد الدخول إذا كان برضاها عند أبي حنيفة . وقالا : لا نفقة لها كذا في «المختلف » ، وفي « فتاوى قاضي خان » : ولو كان الزوج ساكنًا معها في منزلها فمنعت زوجها من الدخول عليها كانت ناشزة إلا إذا منعت لتحولها إلى منزله أو ليكتري لها منزلاً ، فحينئذ تكون ناشزة ولو كانت مقيمة في منزله ، ولم تمكنه من الوطء لا تكون ناشزة .

وإن نشـزت فلا نفـقـة لها حـتى تعود إلـى منزله ؛لأن فوت الاحـتبـاس منهـا ، وإذا عادت جـاء الاحتبـاس ، فتجب النفقة ،ب خـلاف ما إذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج ؛لأن الاحـتباس قائم، والزوج يقدر على الوطء كرهًا . وإن كانت صغيرة لا يسـتمتع بها، فلا نفقة لها ؛لأن امتناع الاستمـتاع لمعنى فيها، والاحـتباس الموجب ما يكون وسـيلة إلى مقصود مسـتحق بالنكاح ، ولم يوجد بخلاف المريضة على مـا نبين . وقال الشافعي - رحمه الله - : لها النفـقة لأنها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين .ولنا أن المهر عوض عن الملك ،

م: (**وإن نشزت فلا نفقة لها حتى تعـود إلى منزله؛ لأن فوت الاحتباس منها**) ش: تفسير الناشزة والناشصة هي المانعة نفسها عن زوجها بغير حق ، وقيل لشريح : هل للناشزة من نفقة؟ فقال : نعم، فقيل : كم ، فقال : جواب من تراب معناه لا نفقة لها وإذا كان الرجل يسكن في الأرض المغصوبة ، فخرجت المرأة لأجل أن لا تسكن في الغصوبة لا تكون ناشزة لأنها محقة .

ونقل في «خلاصة الفتاوى» عن «فتاوى النسفي» : لو كان الزوج بسمرقند وامرأته بنسف فيبعث إليها أجنبيًا ليحملها إلى سمرقند فلم تذهب لعدم المحرم يفرض لها النفقة .

م: (**وإذا عـادت**) ش: أي المرأة إلى منزل الزوج م: (**جاء الاحـتبـاس**) ش: فلها م: (**فتجب النفقة**) ش: لوجود العلة م: (**بخلاف ما إذا امتنعت**) ش: متصل بقوله لأن فوت الاحتباس منها م: (**من التمكين فـي بيت الزوج؛ لأن الاحتبـاس قائم والزوج يقـدر على الوطء كرهًا**) ش: أي من حيث الكره م: (**وإن كانت**) ش: أي وإن كانت الزوجة م: (**صغيـرة لا يستمتع بها فلا نفـقة لها**) ش: المراد من الاستمتاع الجماع لأن الحاكم الشهيد قد صرح به في مختصره «الكافي» وكذلك السرخسي في «شرح الكافي» الذي هو «مبسوطه »وعليه جمهور العلماء .

وعند الثوري والظاهرية والشافعي في قول لها النفقة لأنها مال تجب بالعقد كالمهر فتستوي الكبيرة والصغيرة ، والأصح عند الشافعية وجوبها لو كانت في المهر لإطلاق النص .

م: (**لأن امـتناع الاسـتمـتـاع لمعنى فـيهـا**) ش: وهي غير مـسلمة نفسـها إلى الزوج فـصارت كالناشزة.

م: (**والاحتباس الموجب**) ش: أي للنفقة م: (**ما يكون وسيلة إلى مقصـود مستحق بالنكاح**) ش: وهو الجماع أو دواعيه م: (**ولم يوجد**) ش: فلا يجب شيء م: (**بخلاف المريضـة على ما نبين**) ش: أي قريبًا من خمسة عشر خطًا يعني يجب النفقة في المريضة وإن تعذر الجماع .

م: (**وقال الشافعي: لها**) ش: أي للصغيرة م: (**النفقة لأنها**) ش: أي لأن النفقة م: (**عوض عن الملك عنده**) ش: أي عند الشافعي م: (**كما في المملوكـة بملك اليمين**) ش: حيث تجب نفقتها على المالك م: (**ولنا أن المهر عـوض عن الملك**) ش: لأن الفرض هو ما يدخل تحت العقد بالتسمية ،

ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة . وإن كان الزوج صغيراً لا يقدر على الوطء وهي كبيرة ، فلها النفقة من ماله ؛ لأن التسليم قد تحقق منها ، وإنما العجز من قبله، فصار كالمجبوب والعنين. وإذا حبست المرأة في دين، فلا نفقة لها ؛ لأن فوت الاحتباس منها بالمماطلة، وإن لم يكن منها بأن كانت عاجزة فليس منه وكذا إذا غصبها رجل كرهًا فذهب بها . وعن أبي يوسف - رحمه الله - أن لها النفقة ، والفتوى على الأول ؛لأن فوت الاحتباس ليس منه، ليجعل باقيًا تقديراً ،

والداخل تحته هو المهر دون النفقة ، فإن كان المهر عوضًا لا تكون النفقة عوضًا م: (**ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد**) ش: فلا تجب النفقة لاجله بخلاف المهر ، وهو معنى قوله م: (**فلها المهر دون النفقة**) ش: كما مر .

م: (**وإن كان الزوج صغيراً لا يقدر على الوطء وهي كبيرة**) ش: أي والحال أن المرأة كبيرة م: (**فلها النفقة من ماله ؛ لأن التسليم قد تحقق منها وإنما ، العجز من قبله، فصار كالمجبوب والعنين**) ش: حيث يجب عليهما النفقة لأن العجز منهما وعليه الجمهور .

وقال مالك : لا نفقة لها ، وإن كانا صغيرين لا يطيقان الجماع لا نفقة لها بالإجماع، لأن المنع جاء من جهتها ، كذا قال الكاكي ، وقال الأترازي : ولو كانا صغيرين جميعًا لم يذكر حكم النفقة لا في الأصل ، ولا في الجامع ، ولكن يفهم من التعليل المذكور فيما إذا كانت صغيرة والرجل كبيراً ، إذ لا نفقة لها في هذه الصورة لأن تلك العلة وهي عدم تسليم النفس موجود هنا وقد صرح بما قلنا أي بعدم وجوب النفقة في «الذخيرة» أيضًا .

م: (**وإذا حبست المرأة في دين فلا نفقة لها لأن فوت الاحتباس منها بالمماطلة**) ش: لأنها لما ماطلت صارت كأنها هي التي حبست نفسها فصارت كالناشزة م: (**وإن لم يكن منها**) ش: أي وإن لم يكن الاحتباس من المرأة م: (**بأن كانت عاجزة**) ش: عن أداء الدين م: (**فليس منه**) ش: أي من الزوج أيضًا فلا يطالب بالنفقة م: (**وكذا**) ش: أي وكذا لا نفقة لها م: (**إذا غصبها رجل كرهًا فذهب بها**) ش: لفوات الاحتباس .

م: (**وعن أبي يوسف أن لها النفقة**) ش: لأنه لا مانع من جهتها واختاره السعدي م: (**والفتوى على الأول**) ش: أي على ظاهر الرواية وهو أنه لا نفقة في المغصوبة فيما مضى م: (**لأن فوت الاحتباس ليس منه**) ش: يعني من الزوج م: (**ليجعل باقيًا تقديراً**) ش: بيانه أن النفقة عوض عن الاحتباس في بيته ، فإذا كان الفوات لمعنى من جهة يجعل ذلك الاحتباس باقيًا ، فإذا كان الفوات لمعنى من جهة باقيًا تقديرًا ، فكأنه لم يفت ، فتجب النفقة كما إذا منعت نفسها قبل الدخول ، لأجل الصداق أو حبس الزوج لأجل دين عليه ، أو ارتد وأسلمت هي وأبى الزوج الإسلام ، أو طلقها بعد الدخول .

وكذا إذا حجت مع محرم ؛ لأن فوت الاحتباس منها . وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أن لها النفقة لأن إقامة الفرض عذر ، ولكن تجب عليه نفقة الحضر دون السفر لأنها هي المستحقة عليه. ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق ؛لأن الاحتباس قائم لقيامه عليها ، وتجب نفقة الحضر دون السفر، ولا يجب الكراء لما قلنا . وإن مرضت في منزل الزوج فلها النفقة . والقياس أن لا نفقة لها إذا مرضت مرضًا يمنع من الجماع لفوات الاحتباس للاستمتاع . وجه الاستحسان : أن الاحتباس قائم ، فإنه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت ، والمانع بعارض فأشبه الحيض. وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أنها إذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ، ولو مرضت ثم سلمت ، لا تجب لأن التسليم لم يصح بسبب المرض . قالوا: هذا حسن ، وفي لفظ الكتاب ما يشير إليه .

م: (**وكذا إذا حجت مع محرم**) ش: أي لا نفقة لها م: (**لأن فوت الاحتباس منها**) ش: إلا إذا كان الزوج معها على ما يجيء الآن م: (**وعن أبي يوسف : أن لها النفقة لأن إقامة الفرض عذر**) ش: فحينئذ تجب النفقة . وقال محمد : لا نفقة لها ، لعدم الاحتباس بحقه والتمكين من الاستمتاع بالجماع ودواعيه م: (**ولكن تجب عليه نفقة الحضر**) ش: يعني قيمة الطعام في الحضر ولا يجب عليه على السفر م: (**دون السفر**) ش: أي دون نفقة السفر لأنها تزيد على نفقة الحضر . كذا في شرح كتاب النفقات م: (**لأنها هي المستحقة عليه**) ش: أي لأن نفقة الحضر هي الواجبة على الزوج، لأن المأمور هو النفقة بالمعروف وهو عبادة عما لا إسراف فيه ولا تعتبر . وفي النفقة السفر إسراف لغلاء السفر فلا يكون معروفًا، فلا يجب ذلك .

م: (**ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق**) ش: وبه قال الشافعي م: (**لأن الاحتباس قائم لقيامه عليها**) ش: أي لقيام الزوج على المرأة م: (**وتجب نفقة الحضر دون السفر**) ش: لما مر م: (**ولا يجب الكراء لما قلنا**) ش: أي في قوله لأنها هي المستحقة م: (**وإن مرضت في منزل الزوج فلها النفقة**) ش: هذا الموعود من المصنف بقوله قبل هذا بخلاف المريضة على ما نبين، اعلم أن المريضة مطلقًا لها النفقة في ظاهر الرواية سواء كان مرضًا يمنع من الجماع كما في الحيض م: (**والقياس أن لا نفقة لها إذا مرضت مرضًا يمنع من الجماع لفوات الاحتباس للاستمتاع . وجه الاستحسان أن الاحتباس قائم فإنه**) ش: أي فإن الزوج م: (**يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت ، والمانع**) ش: أي من الجماع م: (**بعارض**) ش: أي بسبب عارض وهو المرض م: (**فأشبه الحيض**) ش: في كونه مانعًا وتجب النفقة .

م: (**وعن أبي يوسف : أنها إذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم، ولو مرضت ثم سلمت لا تجب لأن التسليم لم يصح بسبب المرض . قالوا**) ش: أي قال مشائخنا م: (**هذا حسن**) ش: أي هذا التفصيل حسن م: (**وفي لفظ الكتاب**) ش: أي كتاب القدوري م: (**ما يشير إليه**) ش: أي إلى ما روي عن أبي يوسف في ظاهر الرواية ، لأنه قال : وإن مرضت في منزل الزوج ، لأنه يفهم منه

قال: وتفرض على الزوج النفقة إذا كان موسراً، ونفقة خادمها، والمراد بهذا بيان نفقة الخادم. ولهذا ذكر في بعض النسخ وتفرض على الزوج إذا كان موسراً نفقة خادمها، ووجهه أن كفايتها واجبة عليه، وهذا من تمامها، إذ لا بد لها منه، ولا تفرض لأكثر من نفقة خادم واحد.

لأنها سلمت نفسها إلى الزوج في منزله ثم مرضت فيه.

م: (**وقال: وتفرض على الزوج النفقة إذا كان موسراً ونفقة خادمها**) ش: هذه من مسائل القدوري، ولما كان ظاهر هذا تكرار لأنه قال في أول الباب: النفقة واجبة للزوجة على زوجها، عذره المصنف بقوله م: (**والمراد بهذا**) ش: أي بقوله ويفرض للزوجة على الزوج النفقة إن كان موسراً ونفقة خادمها م: (**بيان نفقة الخادم**) ش: وهناك لم يذكر نفقة الخادم، وتجب نفقته بإجماع الأئمة الأربعة.

وقالت الظاهرية: لا تجب نفقة الخادم، لأنه ما جاء فيه خبير يعتمد عليه، وإنما قيد بقوله: إن كان موسراً وزاد فيه هذا القيد، لأنه إذا كان معسراً لا تجب عليه نفقة الخادم. وإن كان لها خادم على ما روى الحسن عن أبي حنيفة. كذا في «مختصر الكرخي» وفي «الأسبيجابي» و«الينابيع»: وإن كان لها خادم متفرغ لخدمتها ليس له شغل غير خدمتها، يفرض له النفقة بالمعروف. وفي «الذخيرة»: إن لم يكن لها خادم لا يفرض له في ظاهر الرواية عن أصحابنا الثلاثة، وبه قال أحمد وأكثر أصحاب الشافعي. وفي «المبسوط» عن زفر يفرض نفقة خادم واحد، لأن على الزوج أن يقوم بمصالح طعامها وحوائجها، وإذا لم يفعل ذلك أعطاها نفقة خادم، ثم هي تقوم بنفسها، أو تتخذ خادماً. ثم اختلف المشايخ في الخادم، قيل المملوك لها حتى لو كانت حرة، أو غير مملوكة لها لا تستحق، وقيل: كل من يخدمها حرة كانت أو مملوكة لها أو لغيرها. وينبغي أن ينقص نفقة لخادمها عن نفقة نفسها في حق الإدام لا الخبز.

م: (**ولهذا**) ش: أي ولصحة ما قلت والمراد بهذا بيان الخادم م: (**ذكر في بعض النسخ**) ش: أي في بعض نسخ القدوري م: (**وتفرض على الزوج إذا كان موسراً نفقة خادمها**) ش: وقال الأترازي: وتلك النسخة هي الأصح، لأن الشيخ أبا نصر اعتبرها في نسخته، أعني الشرح المعروف بالأقطع م: (**ووجهه**) ش: أي وجه وجوب نفقة الخادم م: (**أن كفايتها**) ش: أي كفاية المرأة م: (**واجبة عليه**) ش: أي على الزوج م: (**وهذا من تمامها**) ش: أي فرض نفقة الخادم من تمام كفاية المرأة م: (**إذ لا بد لها منه**) ش: أي لأنه لا بد للمرأة من الخادم.

وهو واحد الخادم غلاماً كان أو جارية، ثم المرأة إذا لم يكن لها خادم، فهل يجب عليها أن تجبر وتعالج بنفسها؟ فإن قالت: لا أفعل، لا تجبر على ذلك، لأن الواجب عليها تمكين النفس من الزوج لا هذه الأعمال، بخلاف الخادم إذا امتنع من الخدمة لا يستحق النفقة.

م: (**ولا تفرض**) ش: أي النفقة م: (**لأكثر من نفقة خادم واحد**) ش: هذا لفظ القدوري في

وهذا عند أبي حنيفة ، ومحمد - رحمهما الله - . وقال أبو يوسف -رحمه الله - : تفرض لخادمين ؛ لأنها تحتاج إلى أحدهما لمصالح الداخل ، وإلى الآخر لمصالح الخارج. ولهما أن الواحد يقوم بالأمرين ، فلا ضرورة إلى اثنين ، ولأنه لو تولى كفايتها بنفسه ، كان كافيًا . فكذا إذا أقام الواحد مقام نفسه ، وقالوا: إن الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته ، وهو أدنى الكفاية.

«مختصره» ، ولم يذكر الخلاف. وكذا لم يذكر الحاكم الشهيد في «مختصره» ولا الكرخي في «مختصره»، وذكر الخلاف شمس الأئمة البيهقي والأسبيجابي ، وصاحب «المختلف»، ولذلك ذكر المصنف أيضًا مثلهم قال م: (**وهذا عند أبي حنيفة ومحمد**) ش: أي عدم فرض النفقة لأكثر من خادم عند أبي حنيفة ومحمد، وهو قول الجمهور وقول الأئمة الأربعة.

م: (**وقال أبو يوسف : تفرض لخادمين لأنها**) ش: أي لأن المرأة م: (**تحتاج إلى أحدهما لمصالح الداخل**) ش: أي داخل البيت م: (**وإلى الآخر**) ش: أي وتحتاج إلى خادم آخر م: (**لمصالح الخارج**) ش: أي خارج البيت. وفي «التحفة»: وهذا الذي ذكره عن أبي يوسف غير المشهور عنه، لأن المشهور من قوله كقولهما . وبه صرح الطحاوي في «مختصره» وفي «فتاوى أهل سمرقند»، إذا كانت المرأة من بنات الأشراف وذوي الأقدار لها خدم كثير، يجبر على نفقة خادمين أحدهما للخدمة والآخر للرسالة . وعن أبي يوسف في رواية أخرى، إذا كانت فائقة الغنى لها خدم كثير زفت إليه كذلك استحقت نفقة الخدم كلهم، وهو رواية هشام عن محمد واختاره الطحاوي م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة ومحمد:

م: (**أن الواحد**) ش: أي الخادم الواحد م: (**يقوم بالأمرين**) ش: أي بمصالح الخارج ومصالح الداخل م: (**فلا ضرورة إلى اثنين**) ش: لأن ما زاد على ذلك فللزينة والتجمل م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن الزوج م: (**لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيًا، فكذا إذا أقام الواحد**) ش: أي الخادم الواحد م: (**مقام نفسه**) ش: ولو كانت الزوجة أمة، فلا نفقة لخادمها ولو كان له أولاد لا يكفيها خادم واحد، فرض عليه خادمين أو أكثر. م: (**وقالوا**) ش: أي المشايخ م: (**إن الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته**) ش: اليسار هنا مقدر بنصاب حرمان الصدقة لا بنصاب وجوب الزكاة، وهو النصاب من المال النامي الفاضل عن حاجته ، والغنى الذي تحرم به الصدقة، وتجب به الفطرة والأضحية، هو أن يملك ما يساوي مائتي درهم فاضلاً عن ثيابه ومآربه وخادمه ومسكنه وفرسه وسلاحه، وكتب العلم إن كان من أهله، إذا لم يكن له فضل عن ذلك م: (**وهو أدنى الكفاية**) ش: والضمير يرجع إلى قوله ما يلزم. والحاصل أن نفقة الخادم أدنى الكفاية، وهو ما يلزم المعسر من نفقة امرأته.

وفي «النوادر» : روى قتادة عن خلاس عن علي بن أبي طالب -رضي الله تعالى عنه- ، أنه

وقوله في الكتاب : «إذا كان موسراً »، إشارة إلى أنه لا تجب نفقة الخادم عند إعساره. وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة -رحمه الله- وهو الأصح ، خلافًا لمحمد - رحمه الله-؛ لأن الواجب على المعسر أدنى الكفاية ، وهي قد تكتفي بخدمة نفسها . ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ، ويقال لها :استديني عليه ، وقال الشافعي -رحمه الله- : يفرق ،

فرض لامرأة وخادمها في الشهر اثني عشر درهمًا، أربعة للخادم ، وثمانية للمرأة، منها درهمان للقطن والكتاب . وروي عن شريك أنه قال : شهدت ابن أبي ليلى أنه فرض للمرأة ستة دراهم وللخادم ثلاثًا .

م: **(وقوله في الكتاب)** ش: أي القدوري م: **(إذا كان موسراً ، إشارة إلى أنه لا تجب نفقة الخادم عند إعساره ، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة)** ش: ابن أبي زياد اللؤلؤي، قال الأترازي : قال شيخنا برهان الدين الخوارزمي : معنى الحسن إذا ذكر في نسخ الفقه لأصحابنا ، المراد به الحسن بن زياد، وإذا ذكر مطلقًا في كتب التفسير أن المراد الحسن البصري م: **(وهو الأصح)** ش: أي الذي رواه الحسن عن أبي حنيفة، هو الأصح م: **(خلافًا لمحمد)** ش: فإنه قال : إلا إذا كان الزوج معسراً ، فإن كان له خادم فرض نفقة الخادم، وإن لم يكن فلا يفرض م: **(لأن الواجب على المعسر أدنى الكفاية، وهي قد تكتفي بخدمة نفسها)** ش: هذا تعليل لما رواه الحسن .

م: **(ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما)** ش: أي بينه وبين امرأته وهو قول الزهري وعطاء بن يسار ، والحسن البصري، وسفيان الثوري ، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وحماد بن أبي سليمان ، والظاهرية م: **(ويقال لها)** ش: أي للمرأة م: **(استديني عليه)** ش: أي على الزوج. ومعنى الاستدانة أن تشتري الطعام على أن يؤدي الزوج ثمنه . وقال الخصاف : معنى الاستدانة الشراء بالنسيئة ليقضي الثمن من مال الزوج .

م: **(وقال الشافعي : يفرق)** ش: وبه قال مالك وأحمد. وعلى هذا الخلاف العجز عن الكسوة والعجز عن المسكن. وفي «المهذب» في العجز عن الكسوة والمسكن وجهان. وقال أبو نصر من أصحابه : في العجز عن الكسوة والمسكن يفسخ قولاً واحداً، وهذا التفريق فسخ عند الشافعي وأحمد.

وقال مالك : طلاق، وفي مدة حكم القاضي بالتفريق قولان في القديم يوم إعساره وفي الجديد يمهل ثلاثة أيام، ولو غاب عنها ولم يعرف موضعه لم يثبت لها الفسخ.

كذا في «الحلية». وللشافعي في الفسخ من الإعسار عن الصداق الواجب ثلاثة أقوال : أحدها : له الفسخ قبل الدخول وبعده ، والثاني: لا خيار لا قبل الوطء ولا بعده ، وهو اختيار المزني ، والثالث : لها الفسخ قبل الدخول لا بعده ، واختاره المروزي وأكثرهم . لو امتنع من الإنفاق عليها مع اليسر، لم يفرق، ويبيع الحاكم عليه ماله ويصرفه في نفقتها . فإذا لم يجد ماله

لأنه عجز عن الإمساك بالمعروف، فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجب والعنة، بل أولى لأن الحاجة إلى النفقة أقوى. ولنا أن حقه يبطل وحقها يتأخر . والأول أقوى في الضرر ، وهذا لأن النفقة تصير دينًا بفرض القاضي، فتستوفى في الزمان الثاني، وفوت المال وهو تابع في النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو التناسل والتوالد . وفائدة الأمر بالاستدانة مع الفرض أن يمكنها إحالة الغريم على الزوج . فأما إذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضي، كانت المطالبة عليها دون الزوج .

يحبسه حتى ينفق عليها، ولا يفرق .

م: (**لأنه عجز عن الإمساك بالمعروف ، فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجب والعنة**) ش: أي كما يفرق إذا وجد الرجل مجبوبًا أو عنينًا م: (**بل أولى**) ش: أي وبل التفريق أولى م: (**لأن الحاجة إلى النفقة أقوى**) ش: من الجماع لأن انقطاع الأولى مدة مهلكة دون الثاني م: (**ولنا أن حقه**) ش: أي أن حق الزوج م: (**يبطل**) ش: أي التفريق م: (**وحقها يتأخر**) ش: لأن النفقة تصير دينًا بفرض القاضي ، فيستوي في الزمان الثاني م: (**والأول**) ش: أي بطلان حق الزوج م: (**أقوى في الضرر**) ش: فتحتمل أدنى الضررين فدفع الإعلام م: (**وهذا**) ش: إشارة إلى أن تأخير حقها أقل ضرراً من بطلان حقه م: (**لأن النفقة تصير دينًا، بفرض القاضي، فتستوفى في الزمان الثاني**) ش: أي في الزمن الثاني.

م: (**وفوت المال**) ش: مبتدأ وخبره قوله : يلحق على صيغة المجهول، وهو جواب عن قياس الشافعي على الجب والعنة وتقريره أن فوت المال م: (**وهو تابع**) ش: أي والحال أنه تابع م: (**في النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو التناسل والتوالد**) ش: توضيحه أن هذا القياس باطل لأنه قياس بالفارق، وذلك لأن العجز عن النفقة إنما يكون عن المال، وهو تابع في باب النكاح، والعجز عن الوصول إلى المرأة بسبب الجب والعنة إنما يكون عن المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل، ولا يلزم من جواز الفرق بالعجز عن المقصود جواز حله عن التابع .

م: (**وفائدة الأمر بالاستدانة**) ش: جواب عما يقال لا فائدة في الإذن لها بالاستدانة بعد فرض القاضي بالاستدانة لها، لأنها صارت دينًا بفرضه، فأجاب بأن فائدة الأمر بالاستدانة م: (**مع الفرض أن يمكنها إحالة الغريم على الزوج**) ش: يعني من غير رضاه م: (**فأما إذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضي، كانت المطالبة عليها دون الزوج**) ش: وفي« التحفة» فائدة الأمر بالاستدانة أن لصاحب الدين أن يأخذ دينه من الزوج أو المرأة، وبدون الأمر بالاستدانة ليس لرب الدين أن يرجع على الزوج، بل يرجع عليها، ثم هي ترجع على الزوج بما فرض لها القاضي، وهذا لأن الاستدانة على الزوج إيجاب الدين عليه فإذا جعل بأمر القاضي جعل إيجاب الدين عليه منها، وليس لها على الزوج هذه الولاية .

. . . .

فإن قلت: استدل الشافعي ومن تابعه بما روي عن ابن المسيب أنه سئل عن ذلك، فقال: **يفرق بينهما** سنة. قال الشافعي: قوله سنة، أي سنة رسول الله ﷺ، وبما روي عن أبي هريره - رضي الله تعالى عنه - أنه عليه السلام قال في الرجل، لا يجد ما ينفق على امرأته: «**يفرق بينهما**»[1] رواه الدارقطني، وبما روي في حديث أبي هريرة أنه عليه السلام قال: «**تقول أطعمني وإلا فارقني**» رواه البخاري وغيره.

قلت: الجواب عن قول سعيد بن المسيب من وجوه:

الأول: أنه لما روي ذلك عن عبد الرحمن بن أبي زياد، قال ابن حزم: هو لا شيء، فسقط الاحتجاج به.

والثاني: أن قول ابن المسيب أنه سنة لا نسلم أنه سنة الرسول عليه السلام، لأن السنة كما تطلق على سنة الرسول تطلق على سنة غيره أيضًا. ألا ترى إلى قوله عليه السلام: «**سن بكم معاذ سنة حسنة**» وسنة العمرين فاشتبه بين العلماء.

والثالث: أنه مرسل. والشافعي لا يجعل المرسل حجة. فإن قيل: الشافعي استثنى مراسيل سعيد بن المسيب كلها، ولا غيره، والشرط عنه في العمل بالمرسل أن يروى من طريق آخر مرفوعًا أو عمل به بعض الصحابة.

وقال ابن حزم: وروي عن ابن المسيب قولان مختلفان، فأيهما كان السنة والآخر خلاف السنة، فبطل قوله السنة لاضطرابه ومخالفة بعضه بعضًا. وقال أيضًا: خالف ابن المسيب عمر وعليًا وغيرهما. والجواب عن حديثه الآخر أنه قيل لأبي هريرة: سمعت هذا من رسول الله ﷺ، فقال: لا هذا من كيس أبي هريرة. رواه عنه كذلك البخاري. ولأن ذلك من قول المرأة، وليس فيه أن الرجل يلزم به.

فإن قلت: الشافعي استدل أيضًا بقوله تعالى: ﴿**فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان**﴾ (البقرة: الآية ٢٢٩)، فإن الرجل لما عجز عن الإمساك بالمعروف، تعين التسريح بالإحسان، فلما أبى ذلك ناب القاضي منابه دفعًا للظلم كما ذكرنا.

قلنا: نحن أيضًا، استدللنا بقوله تعالى: ﴿**وإن كان ذو عسرة، فنظرة إلى ميسرة**﴾ (البقرة: الآية ٢٨٠) نص الله تعالى وعز وجل على أن المعسر يستحق الإنظار والإمهال، فلو أجلته المرأة في النفقة ما كان لها أن تطالب بالفرقة، فكذا إذا ثبت الأجل شرعًا. وقد ذكرنا بقية دليلنا عن

---

(١) رواه البيهقي (٧/ ٤٧٠) من طريق حماد بن سلمة عن عاصم بن بهدلة عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ. وفيه عاصم بن بهدلة، وهو ضعيف.

وإذا قضى القاضي لها بنفقة الإعسار ، ثم أيسر فخاصمته، تمم لها نفقة الموسر ؛ لأن النفقة تختلف بحسب اليسار والإعسار ، وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب .

قريب ، ثم اعلم أن العجز عن الإنفاق لا يوجب التفريق عندنا ، ولكن مع هذا ، إذا فرق القاضي بينهما ، هل ينفذ قضاؤه أم لا؟ .

قال الإمام أبو حفص محمد بن محمود الاستروشني في الفصل الثاني في القضاء في المجتهدات من كتاب الفصول : إذا ثبت العجز بشهادة الشهود فإن كان القاضي شافعي المذهب ، وفرق بينهما ، نفذ قضاءه بالتفريق ، وإذا كان حنفيًا لا ينبغي له أن يقضي بخلاف مذهبه إلا أن يكون مجتهداً ، أو وقع اجتهاده على ذلك قضى مخالفًا لرأيه من غير اجتهاد .

فعن أبي حنيفة روايتان في جواز قضائه ، ولم يقض ، ولكن أمر شافعي المذهب ليقضي بينهما في هذه الحادثة بمقتضى التفريق إذا لم يرتش ، الآمر والمأمور بأن كان الزوج غائبًا ، فرفعت المرأة الأمر إلى القاضي ، وأقامت البينة أن زوجها الغائب عاجز عن النفقة ، وطلبت من القاضي أن يفرق بينهما . قال مشايخ سمرقند : جاز تفريقه لأنه قضاء في فصلين مختلف فيهما التفريق بسبب العجز عن النفقة والقضاء على الغائب . وكل واحد منهما مجتهد فيه .

وقال القاضي ظهير الدين المرغيناني : لا يصح هذا التفريق لأن القضاء إنما يجوز عند الشافعي ، وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة إذا ثبت المشهور به عند القاضي ، وهو العجز لأن المال غاد ورائح ، ومن الجائز أن الغالب هنا صار غنيًا ، ولم يعلم به الشاهد لما بينهما من المسافة .

وقال صاحب «الذخيرة» : الصحيح أنه لا ينفذ قضاؤه ، لأن العجز لا يعرف حالة الغيبة لجواز أن يكون قادراً ، إن كان هذا ترك الإنفاق لا بالعجز عن الإنفاق ، فإن رفع هذا القضاء إلى قاض آخر ، فإن جاز قضاؤه فالصحيح أنه لا ينفذ ، لأن هذا القضاء ليس في مجتهد فيه لما ذكرنا أن العجز لم يثبت .

م: **(وإذا قضى القاضي لها بنفقة الإعسار، ثم أيسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر)** ش: أي تمم القاضي لها نفقة الرجل الموسر م: **(لأن النفقة تختلف بحسب اليسار والإعسار)** ش: لأنها تجب شيئًا فشيئًا فيعتبر حالها في كل وقت م: **(وما قضي به)** ش: كلمة ما مبتدأ وقضي مجهول ويجوز أن يكون معلومًا ، أي ما قضى به القاضي ، والضمير في به يرجع إلى المبتدأ وهو قوله م: **(تقدير)** ش: بالرفع خبر المبتدأ، وهو قوله ما وهي موصولة بمعنى الذي فافهم . وهذا جواب عما يقال ينبغي أن لا يتمم لها نفقة اليسار لأن فيه نقض القضاء الأول ، فأجاب بأن ما قضى به تقدير م: **(لنفقة لم تجب)** ش: لأن النفقة تجب شيئًا فشيئًا ، وتقدير ما ليس بواجب لا يكون لازمًا لجواز متبدل السبب الموجب قبل وجوبه ، فإذا لم يكن لازمًا فنحكم فيه حكم الحاكم .

فإذا تبدل حاله لها المطالبة بتمام حقها . وإذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك، فلا شيء لها إلا أن يكون القاضي فرض لها النفقة ، أو صالحت الزوج على مقدار منها ، فيقضي لها بنفقة ما مضى ؛ لأن النفقة صلة وليست بعوض عندنا على ما مر من قبل، فلا يستحكم الوجوب فيها إلا بالقضاء ، كالهبة لا توجب الملك إلا بمؤكد ، وهو القبض. والصلح

م: (**فإذا تبدل حاله**) ش: أي حال الزوج بأن صار موسراً م: (**لها المطالبة بتمام حقها**) ش: والفرض السابق لا يمنع الإتمام ، لأنه فرض قبل الوجوب، فلا يتقرر حكمه، وذلك مثل المعسر إذا حنث في يمينه، فشرع في صوم الكفارة، ثم أيسر يجب عليه التكفير بالمال لزوال الإعسار .

م: (**وإذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها**) ش: أي على المرأة في هذه المدة (**وطالبته بذلك**) ش: أي وطالبت الزوج بما كان لها من النفقة م: (**فلا شيء لها**) ش: يعني عندنا؛ لأن النفقة لا تصير دينًا بمضي المدة ، كنفقة الأقارب .

م: (**إلا أن يكون القاضي فرض لها النفقة**) ش: هذا استثناء من قوله فلا شيء لها ، حاصله أن النفقة لا تصير دينًا في الذمة إلا بأحد شيئين، أحدهما : بفرض القاضي النفقة لها، والآخر هو قوله م: (**أو صالحت الزوج على مقدار منها**) ش: أي من النفقة، وبه قال أحمد في رواية .

وقال الشافعي ومالك وأحمد -في رواية- : تصير دينًا بلا قضاء ولا تراض إلا عند مالك لو أقامت عنده سنين، وهو مليء ، وادعت عليه أنه لم ينفق عليها، والزوج يدعي الإنفاق، فالقول له مع يمينه، وكذا في غيبته. أما لو أكلت معه، سقطت نفقتها عند مالك والشافعي ، في الأصح ذكره في «المنهاج» .

م: (**فيقضي لها بنفقة ما مضى**) ش: هذه نتيجة قوله إلا أن يكون القاضي فرض لها إلى آخره م: (**لأن النفقة صلة**) ش: هذا تعليل لقوله : فلا شيء لها بيان ذلك أن النفقة صلة م: (**وليست بعوض عندنا**) ش: خلافًا للشافعي ومن معه م: (**على ما مر من قبل**) ش: أشار به إلى ما ذكره من الدليل في قوله ، وإن كانت صغيرة لا يستمتع بها، فلا نفقة لها، كذا قاله الأترازي.

وقال الأكمل: يريد به قوله : أن المهر عوض عن الملك، ولا يجتمع العوضان عن عوض واحد، فإن قيل ما تقدم يدل على أنها ليست بعوض عن البضع، لكن لا ينافي أن يكون عوضًا عن الاستمتاع بها والقيام عليها تصرفًا في ملكه، وذلك لا يوجب على المالك الملك عوضًا . فإن قيل : لو كانت صلة ، لما وجبت على المكاتب، أجيب بأنها صلة من وجهين، وما هذا شأنه يجب على المكاتب كالخراج وإذا ثبت أنها صلة م: (**فلا يستحكم الوجوب فيها**) ش: أي في النفقة م: (**إلا بالقضاء**) ش: أي بقضاء القاضي .

م: (**كالهبة لا توجب الملك إلا بمؤكد وهو القبض، والصلح**) ش: أي صلح المرأة معه على شيء

بمنزلة القضاء ؛لأن ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضي، بخلاف المهر، لأنه عوض . وإن مات الزوج بعد ما قضى عليه بالنفقة ، ومضى شهر ، سقطت النفقة . وكذا إذا ماتت زوجته ؛ لأن النفقة صلة ، والصلات تسقط بالموت، كالهبة تبطل بالموت قبل القبض . وقال الشافعي - رحمه الله - : تصير دينًا قبل القضاء ، ولا تسقط بالموت لأنه عوض عنده ، فصار كسائر الديون، وجوابه قد بيناه . وإن أسلفها نفقة السنة

م: (**بمنزلة القضاء ؛ لأن ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضي**) ش: لأن له أن يلتزم بالنفقة فوق ما يلتزمه القاضي بالمعروف، فكان مصلحة بمنزلة القضاء بل أولى م: (**بخلاف المهر**) ش: بقوله : وليست بعوض حيث يجب بلا قضاء ولا تراض م: (**لأنه**) ش: أي لأن وجوبه [. . .] م: (**عوض**) ش: ألا ترى أنه إذا تزوجها ولم يسم لها مهرًا فدخل بها أو مات عنها يلزمه مهر المثل .

م: (**وإن مات الزوج بعد ما قضى عليه بالنفقة ومضى شهر سقطت النفقة**) ش: خلافًا للأئمة الثلاثة . قال الكاكي : هذا إذا فرض لها النفقة ، ولم يؤمر بالاستدانة أنه على الزوج ، فاستدانت ، ثم مات أحدهما ، لا يبطل . ذكره الحاكم الشهيد في« المختصر» . وذكر الخصاف أنه يبطل . والصحيح ما ذكره في «المختصر » لأن استدانتها بأمر القاضي ، وللقاضي ولاية عليها ، فكانت بمنزلة استدانة الزوج بنفسه . وفيه : لا يسقط بموت أحدهما . كذا ههنا وكذلك في الطلاق، يعني أن الديون المستدانة هل تسقط بالطلاق . فعلى روايتين ، في رواية لا تسقط وهو الصحيح كذا في «الذخيرة» .

م: (**وكذا إذا ماتت زوجته ؛ لأن النفقة صلة ، والصلات تسقط بالموت، كالهبة تبطل بالموت**) ش: أي بموت الواهب أو بموت الموهوب له م: (**قبل القبض**) ش: فإن قيل الهبة متأكدة بالقبض والنفقة متأكدة بعد القضاء ، فينبغي أن لا تسقط كالهبة المتأكدة بالقبض . قلنا : قال في «الإيضاح » : وإن صارت النفقة دينًا عليه بالقضاء ، ولكن معنى الصلة لا تبطل، والصلات تبطل بالموت، انتهى .

قلت: قال الكاكي : الدليل على أن معنى الصلة لا يبطل فيها أنه لم ينقل أحد من السلف والخلف الوصية بنفقة فيما إذا مضت مدة ، ولا بإخراجها عن تركته كسائر الديون ، وقد حكمت الشافعية بنفقة ستين سنة أو أكثر إذا أنكرت إنفاقه عليها ، وجعلوها كسائر الديون، وبعد هذا لا يخفى ما فيه ، وجماعة من أصحاب الشافعي لا يرضون بهذا الحكم .

م: (**وقال الشافعي : تصير دينًا قبل القضاء، ولا تسقط بالموت ؛ لأنه عوض عنده، فصار كسائر الديون**) ش: قال في «شرح الأقطع» : قال الشافعي : إنها تؤخذ من تركة الزوج ، وقال في «الشامل» : وعن محمد أن يؤدي من ماله م: (**وجوابه قد بيناه**) ش: أي جواب الشافعي على قوله إن النفقة عوض قد بيناه في مسألة ، وإن كانت صغيرة لا يستمتع بها لا نفقة لها . وهو ما ذكره بقوله : ولنا في المهر عوض عن الملك ، لا يجتمع العوضان عن عوض واحد م: (**وإن أسلفها نفقة السنة**)

أي عجلها ثم مات ، لم يسترجع منها بشيء . وهذا عند أبي حنيفة ، وأبي يوسف-رحمهما الله- وقال محمد - رحمه الله - : يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج. وهو قول الشافعي - رحمه الله - ، وعلى هذا الخلاف الكسوة ؛ لأنها استعجلت عوضًا عما تستحقه عليه بالاحتباس، وقد بطل الاستحقاق بالموت ، فيبطل العوض بقدره ، كرزق القاضي ، وعطاء المقاتلة . ولهما أنه صلة ، وقد اتصل به القبض ، ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة . ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد شيء منها بالإجماع. وعن محمد - رحمه الله - أنها إذا قبضت نفقة الشهر أو ما

ش: هذا لفظ القدوري ، وفسره المصنف بقوله م: (**أي عجلها ثم مات**) ش: أي الزوج م: (**لم يسترجع منها بشيء**) ش: أي لم يرجع على المرأة بشيء .

م: (**وهذا**) ش: أي عدم الاسترجاع م: (**عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله-**) ش: ولم يذكر هذا القدوري ، فلذلك قال المصنف وهذا باسم الإشارة ، وذكر الخصاف في كتاب النفقات الخلاف بين أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- ، ولم يذكر خلاف أبي حنيفة ، وكذلك ذكر الولوالجي في «فتاواه»، وكذا الخلاف لو ماتت المرأة، فالكسوة كالنفقة، وسواء كانت قائمة أو هالكة. م: (**وقال محمد : يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج وهو قول الشافعي**) ش: وبه قال أحمد. وفي «البدائع» : وترد الباقي والمستهلك ، وفي الهالك لا يرد بالاتفاق، وكذا في «الينابيع»، و«أدب القاضي» ، و«الذخيرة »، وفيه الموت والطلاق قبل الدخول سواء. وفي نفقة المطلقة إذا مات الزوج ، فالجواب كذلك، وفي شرح الأقضية اختلفوا ، فقيل: لا يسترد بالاتفاق، لأن العدة قائمة في موته .

م: (**وعلى هذا الخلاف**) ش: أي الخلاف المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه م: (**الكسوة**) ش: إذا أعجلها سنة ثم مات م: (**لأنها استعجلت عوضًا عما تستحقه عليه بالاحتباس**) ش: أي لسبب الاحتباس م: (**وقد بطل الاستحقاق بالموت ، فيبطل العوض**) ش: وهو الذي كانت تستحقه عليه بالاحتباس م: (**بقدره**) ش: أي بقدر كما إذا أعطى النفقة ليتزوجها، فمات قبل التزوج م: (**كرزق القاضي**) ش: أي أخذ القاضي رزق مدة ، ثم مات قبل تمام المدة ويرد فيما بقي بحساب ذلك م: (**وعطاء المقاتلة**) ش: إذا أخروا أرزاقهم مدة ثم ماتوا، قبل تمام المدة يسترد منهم فيما بقي من المدة .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة ومحمد م: (**أنه صلة ، وقد اتصل به القبض ، ولا رجوع في الصلات بعد الموت؛ لانتهاء حكمها، كما في الهبة، ولهذا لو هلكت**) ش: أي النفقة م: (**من غير استهلاك لا يسترد شيء منها**) ش: أي من النفقة م: (**بالإجماع**) ش: بين أئمتنا وغيرهم .

م: (**وعن محمد**) ش: أي وعن محمد رواها ابن رستم عنه م: (**أنها إذا قبضت نفقة الشهر أو ما**

دونه ، لا يسترجع منها بشيء ؛ لأنه يسير ، فصار في حكم الحال. وإذا تزوج العبد حرة ، فنفقتها دين عليه يباع فيها ، ومعناه إذا تزوج بإذن مولاه ، لأنه دين وجب في ذمته لوجود سببه ، وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته، كدين التجارة في العبد التاجر . وله أن يفدي ؛ لأن حقها في النفقة لا في عين الرقبة ،

دونه ، لا يسترجع منها بشيء ؛ لأنه) ش: أي لأن الشهر أو ما دونه م: **(يسير، فصار في حكم الحال)** ش: أي صار الشهر وما دونه في حكم القاضي ، يعني أن نفقة الحال لا تسترد، فكذلك نفقة الشهر ، وفي بعض النسخ : في حكم الحال . وإن كان أكثر من شهر ترك منها مقدار نفقة شهر استحسانًا ويسترد من تركتها ما زاد على ذلك .

م: **(وإذا تزوج العبد حرة ، فنفقتها دين عليه يباع فيها)** ش: أي يباع العبد في نفقة الحرة، وهذه من مسائل القدوري ، وقال المصنف : م: **(ومعناه)** ش: أي معنى هذا الكلام م: **(إذا تزوج)** ش: أي العبد م: **(بإذن مولاه)** ش: وإنما فسره بهذا التفسير ؛ لأنه إذا تزوج بغير إذن مولاه، لا يصح العقد، وإنما قيد بالحرة ، لأن المرأة إذا كانت أمة لا تستحق النفقة قبل البينونة على ما يجيء إن شاء الله تعالى م: **(لأنه)** ش: أي لأن النفقة، ذكره باعتبار الاتفاق م: **(دين وجب في ذمته)** ش: لأن النفقة من أحكام العقد ، فيستوي فيها الحر والمملوك كالدين م: **(لوجود سببه)** ش: وهو العقد م: **(وقد ظهر وجوبه في حق المولى)** ش: لأن السبب كان بإذنه ، وكان راضيًا بوجوب النفقة عليه م: **(فيتعلق برقبته)** ش: أي برقبة العبد م: **(كدين التجارة في العبد التاجر)** ش: المأذون، تتعلق الديون برقبته .

م: **(وله)** ش: أي للمولى م: **(أن يفدي)** ش: أي أن يفديه المولى م: **(لأن حقها)** ش: أي حق المرأة م: **(في النفقة لا في عين الرقبة)** ش: أي رقبة العبد . فإذا أوفاها المولى نفقتها لا يبقى حقها في النفقة بعد ذلك ، فلا يباع العبد، وكذا الحاكم في المدبر والمكاتب ، إذا تزوجها بإذن المولى بحرة أو أمة بعد البينونة ، حيث تجب النفقة عليهما ، ولكنهما لا يباعان في النفقة والمهر ، لأنهما لا يجتمعان النقل من ملك إلى ملك ، بل يؤمران بالسعاية . ثم إذا بيع العبد في النفقة ، واجتمع عليه النفقة مرة أخرى يباع أيضًا .

قال شمس الأئمة السرخسي : وليس في شيء من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد مرة ، إلا النفقة يتجدد وجوبها بمضي الزمان ، فذلك في حكم دين حادث ، وقال الولوالجي في فتاواه : إذا بيع في المهر مرة أو بقي شيء من المهر ، فإن لم يف الثمن بكل المهر ، لا يباع مرة أخرى ، بل يتأخر إلى ما بعد العتق .

وفي «الكافي» للحاكم الشهيد وشرحه للسرخسي : إذا كان للعبد أو المدبر ولد من أمة ، أنه لم يكن عليه نفقة الولد؛ لأنها إن كانت أمة ، فالولد ملك لمولاها ، وإن كانت حرة ، فولدها يكون حرًا ، ولا تجب نفقة مملوكة على حر ولا على مولاه؛ لأن ولده أجنبي منه ، وكذلك المكاتب لا

ولو مات العبد سقطت ، وكذا إذا قتل في الصحيح لأنها صلة . وإن تزوج الحر أمة فبوأها مولاها معه منزلاً ، فعليه النفقة ؛ لأنه تحقق الاحتباس، وإن لم يبوئها فلا نفقة لها لعدم الاحتباس، والتبوئة أن يخلي بينها وبينه في منزله ، ولا يستخدمها.

تجب عليه نفقة ولده، سواء كانت المرأة حرة أو أمة، لهذا المعنى .

واتفقت الأئمة الأربعة في وجوب النفقة على العبد ، لكن لا يباع العبد في النفقة عند الشافعي وأحمد، ويثبت لها الخيار في الفرقة عند الشافعي وعند أحمد على سيده، وفي رواية : في كسبه .

وفي «التنبيه» : وفي تميز المكتسب على سيده في قول ،وفي قول على العبد، يتبع بعد العتق، وفي المكتسب في كسبه، وفي المأذون له في التجارة فيما في يده، ولها أن تفسخ إن شاءت .

م: **(ولو مات العبد سقطت)** ش: أي لو مات العبد سقطت ، أي لو مات الذي تزوج بإذن المولى سقطت النفقة ، ولا يؤاخذ المولى بشيء من ذلك لفوات محل الاستيفاء م: **(وكذا)** ش: أي وكذا تسقط النفقة م: **(إذا قتل)** ش: أي العبد لأن المقتول ميت بأجله ولا أجل أو سوى هذا وقد عرف في موضعه .

م: **(في الصحيح)** ش: قيد به احترازاً عن قول الكرخي ، لأنه قال: ينتقل إلى قيمته . قال القدوري : هذا ليس بصحيح ، والصحيح السقوط بالموت م: **(لأنها)** ش: أي لأن النفقة م: **(صلة)** ش: فتبطل بالموت .

م: **(وإن تزوج الحر أمة فبوأها مولاها معه منزلاً ، فعليه النفقة)** ش: وفي بعض النسخ : وإن تزوج الرجل أمة . وهذا أولى لعمومه، لأن الحكم لا يختلف بين أن تكون الأمة تحت حر، أو عبد، نص عليه الحاكم الشهيد في مختصر «الكافي» م: **(لأنه تحقق الاحتباس)** ش: فتجب النفقة م: **(وإن لم يبوئها فلا نفقة لها لعدم الاحتباس)** ش: أي من قبل الزوج .

فإن قيل: احتباس المولى يحق له شرعًا ، فكان كاحتباس الحرة نفسها لصداقها ، فينبغي أن لا يسقط .

قلنا: ليس كذلك ؛ لأن في احتباس الحرة لصداقها فوت الاحتباس عن الزوج حين امتنع عن أداء صداقها، وهنا التفويت ليس من قبل الزوج .

م: **(والتبوئة أن يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها)** ش: هذا تفسير لقوله : فبوأها، وهي أن يخلي المولى بين أمته وبين العبد في منزله ، ولا يستخدمها، أي الأمة ، وهو بالنصب عطفًا على

ولو استخدمها بعد التبوئة سقطت النفقة ؛ لأنه فات الاحتباس ، والتبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح . ولو خدمته الجارية أحيانًا من غير أن يستخدمها ، لا تسقط النفقة ؛ لأنه لم يستخدمها ليكون استردادًا، والمدبرة وأم الولد في هذا كالأمة ، والله تعالى أعلم بالصواب

قوله أن يخلي م: (**ولو استخدمها**) ش: أي ولو استخدم المولى أمة م: (**بعد التبوئة سقطت النفقة ؛ لأنه فات الاحتباس**) ش: فلا يجب بشيء م: (**والتبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح**) ش: أي في باب نكاح الرقيق ، حيث قال : أبوئها ، ثم بدا له أن يستخدمها ، كان له ذلك لأن حق المولى لم يزل بالتبوئة كما لم يزل بالنكاح .

م: (**ولو خدمته الجارية أحيانًا من غير أن يستخدمها ، لا تسقط النفقة ؛ لأنه لم يستخدمها ليكون استردادًا**) ش: أي للتبوئة ، وكانت الخدمة من الجارية من غير استخدام المولى م: (**والمدبرة وأم الولد في هذا**) ش: أي في عدم وجوب النفقة م: (**كالأمة**) ش: يعني كما أن الأمة لا نفقة لها ، قبل التبوئة ، فكذلك المدبرة وأم الولد لا نفقة لهما قبل التبوئة ، بخلاف المكاتبة ، حيث تجب لها النفقة ، إذا لم تحبس نفسها منه ظالمة ، ولا تشترط التبوئة ؛ لأن السيد ليس له أن يستخدمها ، ولا يملك منعها من الزوج ، لأنها صارت أخص بنفسها ومنافعها بالكتابة ، فلو ضاعت الكسوة أو النفقة أو سرقت ، لم يجدد حتى يمضي الوقت بخلاف المحارم .

والفرق : أن نفقة المحارم مقدرة بالحاجة ، بخلاف الزوجة ، فإنها غير مقدرة بالحاجة في حقها ، حتى تأخذها مع الغنى بخلاف المحارم ؛ لأنه لا يفرض لهم مع غنائهم إذا كان الزوج صاحب مائدة ، وطلبت المرأة الفرض ، لا يفعل .

وفي «خزانة الأكمل» : قول القاضي : استديني عليه كذا فرض عليه . ولو قال الزوج : استديني ، لا يصير فرضًا ما لم تقل علي ، وينبغي أن يكون لها فراش على حدة ، ولم يكتف بفراش واحد لهما ؛ لأنه قد تغير لهما في الحيض والمرض ، وقد جاء فراش لك وفراش لأهلك وفراش لطفلك ، والرابع : للشيطان . ولو اختلفا في اليسرة والعسرة ، فالقول له مع يمينه ، والبينة لها ، وبه قال الشافعي وأبو ثور ، وذكر محمد في الزيادات أن القول لها مع يمينها .

* * *

فصل

وعلى الزوج أن يسكنها في دار مفردة ، ليس فيها أحد من أهله ،إلا أن تختار ذلك ؛ لأن السكنى من كفايتها ، فتجب لها كالنفقة .وقد أوجبه الله تعالى مقروناً بالنفقة ، وإذا وجب الإسكان حقاً لها فليس له أن يشرك غيرها فيه ؛ لأنها تتضرر به ، لأنها لا تأمن على متاعها، ويمنعها عن المعاشرة مع زوجها ، ومن الاستمتاع إلا أن تختار ذلك؛

م: **(فصل)**

ش:أي هذا فصل ، ولما فرغ من بيان النفقة شرع في بيان السكنى م: **(وعلى الزوج أن يسكنها)** ش: أي يسكن امرأته م: **(في دار مفردة ليس فيها أحد من أهله)** ش: كأمه وأخته أو أحد من قراباته ، لأن السكنى حقها ، فليس للزوج أن يترك غيرها معها ، كالنفقة .

م: **(إلا أن تختار ذلك)** ش: أي إسكان غيرها معها م: **(لأن السكنى من كفايتها، فتجب لها كالنفقة ، وقد أوجبه الله تعالى ، مقرونًا بالنفقة)** ش: أراد به ما ثبت في قراءة ابن مسعود-رضي الله تعالى عنه - في قوله تعالى : ﴿ **أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم**﴾ (الطلاق : الآية ٦) ، أي من طاقتكم، يعني ما تطيقونه . وقال الأترازي : ما كان يحتاج صاحب «الهداية » أن يقول : أوجبه الله مقرونًا بالنفقة، لأن القران في النظم لا يدل على القران في الحكم، فلو اقتصر على قوله : أسكنوهن، انتهى. **قلت**: لو اقتصر هو عن هذا الكلام لكان أولى وأجدر؛ لأنه لم يكن في صدر البحث في النظم هل يوجب القران في الحكم أو لا ؟ وإنما ذكره بحسب ظاهر قراءة ابن مسعود -رضي الله عنه- على أن في هذا خلافًا بين الأصوليين .

م: **(وإذا وجب الإسكان)** ش: حال كونه م: **(حقًا لها ، فليس له أن يشرك غيرها فيه ؛ لأنها تتضرر به)** ش: أي بإسكان الغير معها م: **(لأنها لا تأمن على متاعها)** ش: وأثاث بيتها م: **(ويمعنها)** ش: أي إسكان الغير معها م: **(عن المعاشرة مع زوجها)** ش: لأن الغير يبقى مثل الراقوب عليها م: **(ومن الاستمتاع)** ش: بالجماع ودواعيه . وقيل: إذا كان هناك صغير جدًا ، لا يفهم الجماع لا ينبغي أن يمنع . وفي «الفتاوى» : ليس له أن يمسكها مع أمة في بيت واحد، وإن أسكنها في بيت من داره، والأمة في بيت ، جاز له ذلك . والصحيح أنه يحتاج إلى استخدامها في كل ساعة ، فله أن يسكنها معها للضرورة ، لكن يكره أن يجامعها بحضرة أمته .

وفي «الخزانة» : معه عشرة من الخدم ، يحل له وطؤهن ، وتصح الخلوة معهن . وكذا مع ضرتها . ونقل في «خلاصة الفتاوى» عن «أدب القاضي» للخصاف : شكت المرأة عند القاضي ، أن الزوج يضربها ، فطلبت أن يسكنها عند قوم صالحين ، إن علم به زجره، وإن لم يعلم إن كان جيران صالحين أقرها فيه، لكن يسألهم إن أخبروه كما شكت زجره وإن لم يكونوا صالحين أو يميلون إليه أمره بالإسكان عند قوم صالحين م: **(إلا أن تختار ذلك)** ش: أي تختار المرأة إسكان الغير

لأنها رضيت بانتقاص حقها . وإن كان له ولد من غيرها ، فليس له أنيسكنه معها ؛ لما بينا . ولو أسكنها في بيت من الدار مفرد ، وله غلق ، كفاها ؛ لأن المقصود قد حصل ، وله أن يمنع والديها وولدها من غيره وأهلها من الدخول عليها؛ لأن المنزل ملكه ، فله حق المنع من دخول ملكه ، ولا يمنعهم من النظر إليها وكلامها في أي وقت اختاروا ، لما فيه من قطيعة الرحم ، وليس له في ذلك ضرر. وقيل :لا يمنعهم من الدخول والكلام ، وإنما يمنعهم من القرار والدوام؛ لأن الفتنة في اللباث وتطويل الكلام . وقيل: لا يمنعها من الخروج إلى الوالدين ، ولا يمنعها من الدخول عليها في كل جمعة . وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة مرة ، وهو الصحيح .

معها م: (لأنها رضيت بانتقاص حقها) ش: لأن المنع كان لحقها، فإذا أسقطت حقها لا يبقى لها كلام.

م: (وإن كان له ولد من غيرها) ش: أي من غير امرأته التي معه م: (فليس له أن يسكنه) ش: أي ولده م: (معها لما بينا) ش: أشار به إلى قوله: لأنها تتضرر م: (ولو أسكنها) ش: أي امرأته م: (في بيت من الدار مفرد، وله غلق ، كفاها لأن المقصود قد حصل) ش: وقال الفقيه أبو الليث في «الفتاوى» عن أبي بكر الإسكاف ، أنه قال : إذا كان في الدار بيوت ، وقد فرغ لها بيتًا منها لم يكن لها أن تطلب من الزوج بيتًا آخر ، لأنه حينئذ يمكنه أن يجامعها من غير كراهته م: (وله) ش: أي للزوج م: (أن يمنع والديها وولدها من غيره) ش: أي من غير هذا الزوج م: (وأهلها) ش: قرابتها م: (من الدخول عليها) ش: أي على المرأة والدخول منصوب بقوله أن يمنع م: (لأن المنزل ملكه) ش: أي ملك الزوج م: (فله حق المنع من دخول ملكه) ش: كما في سائر منازله .

م: (ولا يمنعهم من النظر إليها) ش: أي إلى المرأة م: (وكلامها) ش: أي لا يمنعهم أيضًا من كلامها معهم م: (في أي وقت اختاروا ، لما فيه) ش: أي في المنع من النظر والكلام م: (من قطيعة الرحم) ش: وهي حرام لِما روي في الصحيح عن جبير بن مطعم ، أنه سمع النبي ﷺ يقول : « لا يدخل الجنة قاطع رحم » م: (وليس له في ذلك ضرر) ش: أي ليس للزوج في نظرهم إليها، وكلامهم معها ضرر .

م: (وقيل: لا يمنعهم من الدخول والكلام، وإنما يمنعهم من القرار والدوام ؛ لأن الفتنة في اللباث) ش: أي في اللبث وهو المكث م: (وتطويل الكلام) ش: لأن تطويل الكلام يؤدي إلى القال والقيل فينتج الشر والفساد م: (وقيل: لا يمنعها من الخروج إلى الوالدين) ش: لاحتمال أنهما لا يأتيان إليها. فإذا منعها زوجها عن الخروج إليها ، توهم فيها العقوق الذي هو من الكبائر م: (ولا يمنعها من الدخول عليها) ش: أي ولا يمنع الزوج والديها من الدخول عليها م: (في كل جمعة) ش: وعليه الفتوى م: (وفي غيرهما) ش: أي في غير الوالدين م: (من المحارم التقدير بسنة مرة) ش: واحدة م: (وهو الصحيح) ش: احترز به عن محمد بن مقاتل ، فإنه قال: لا يمنع المرأة من زيارة المحرم في

وإذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه . وكذا إذا علم القاضي بذلك ، ولم يعترف به ؛لأنه لما أقر بالزوجية وبالوديعة ، فقد أقر أن حق الأخذ لها ؛ لأن لها أن تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه ، وإقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما ههنا،

الشهر مرة أو مرتين ، وعلى هذا الخلاف ، خروجها لعمها وخالها . وعن الحسن : لا يمنعها من زيارة الأقارب في كل شهرين أو ثلاث ، ولا يمنع محارمها من الدخول عليها في كل جمعة ، ويمنعهم من الكينونة .

م: **(وإذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به)** ش: أي بالمال أنه للغائب م: **(وبالزوجية)** ش: أي ويعترف أيضًا بأن هذه المرأة للرجل الغائب م: **(فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه)** ش: وكذا يفرض نفقة أولاده الكبار والزمنى والإناث ، وقال زفر : لا يفرض عنه شيءكذا في « شرح الأقطع » . وإنما اعتبر إقراره بالمال وبالزوجية ؛ لأن المديون أو المودع ، إذا جحد الزوجية أو المال لم تقبل بنيتها على شيء من ذلك . أما على الزوجية ، فلأن المودع أو المديون ليس بخصم عن الغائب في إثبات النكاح عليه ، والاشتغال من القاضي بالنظر ، إنما يكون بعد العلم بالزوجية ، ولم يوجد العلم فلا يؤمر بالنظر ، وكان أبو حنيفة أولاً يقبل بنيتها على الزوجية ، ثم رجع وقال : لا تقبل .

م: **(وكذا)** ش: أي وكذا يفرض القاضي النفقة لهؤلاء المذكورين م: **(إذا علم القاضي بذلك)** ش: أي ما ذكر من الزوجية والمال للغائب م: **(ولم يعترف)** ش: أي والحال أن صاحب اليد لم يعترف م: **(به)** ش: أي بما ذكر من الزوجية والمال م: **(لأنه)** ش: أي لأن صاحب اليد م: **(لما أقر بالزوجية وبالوديعة فقد أقر أن حق الأخذ لها)** ش: أي للمرأة م: **(لأن لها أن تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه)** ش: أي من غير رضا الزوج لحديث هند امرأة أبي سفيان : خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف . وقد مر عن قريب .

فإن قيل : يشكل على هذا ما لو حضر صاحب الدين غريمًا أو مودعًا للغائب ، وهما مقران بالدين على الغائب ، لا يأمره القاضي بقضاء دينه من الوديعة والدين .

قلنا: إن القاضي يأمر في حق الغائب بما هو أنظر له ، وفي الأمر بالإنفاق لهؤلاء نظر له بإبقاء ملكه لنا في قضاء دينه ليس فيه بقاء ملكه ، بل هو قضاء عليه بقول الغير .

م: **(وإقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه)** ش: هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال : ينبغي أن لا يصح إقراره ؛ لأنه إقرار على الغائب ، فأجاب بقوله : وإقرار صاحب اليد ، وهو الذي عنده الوديعة ، مقبول في حق نفسه لأنه أقر بإزالة يده ، وهي حق على الغائب ، م: **(لا سيما ههنا)** ش: أي في هذه المسألة ، وسيما معناه خصوصًا ههنا ، وهو مركب من السيّ وكلمة ما ،

فإنه لو أنكرأحد الأمرين لا تقبل بينة المرأة فيـه؛ لأن المودع ليس بخصم في إثبات الزوجية عليه ، ولا المرأة خصم في إثبـات حقوق الغائب .فإذا ثـبت في حقه تعدى إلى الغـائب . وكذا إذا كان المال في يده مضاربة ، وكذا الجواب في الدين ،وهـذا كله إذا كان المال من جنس حقها ،دراهم أو دنانير ، أو طعاماً ،أو كسوة من جنس حقها . أمـا إذا كان من خلاف جنسه ، لا تفرض النفقة فيه؛ لأنه يحتاج إلى البيع ، ولا يباع مال الغائب بالاتفاق .أما عند أبي حنيفة -رحمه الله - فأنه لا يباع على الحاضر . وكذا على الغائب .وأما عندهما

والسيّ الميل ، أصله سَوى ، قلبت الواو ياء وأدغمت الياء في الياء ، والاسم بعده يجري مجراه إذا كانت ما زائدة ، ويجيء مرفوعًا خبرًا لمبتدأ محذوف إذا كانت ما موصولة ، ويجيء منصوبًا بالاستثناء بمعنى الآن إلا للإخراج ، ولا سيما أيضًا للإخراج ، ولكن بإثبات ما هو أفضل له ، تقول : أكرمني القوم لا سيما زيدًا، يعني أن إكرام زيد أكثر وأبلغ من إكرامهم ، فهذا كذلك بيانه أن إقرار صاحب اليد في سائر المواضع مقبول في حق نفسه ، وقيل عليه البينة إذا أنكر الحقم: (**فإنه**) ش: أي فإن صاحب اليد .

م: (**لو أنكر أحد الأمرين**) ش: أي الوديعة أو الزوجية م: (**لا تقبل بينة المرأة فيه**) ش: أي في أحد الأمرين ؛ لأن إقامتها إذا كانت للزوجية فلا تسمع م: (**لأن المودع ليس بخصم في إثبات الزوجية عليه**) ش: أي على الغائب ، وإن كانت إقامتها لإثبات الوديعة فلا تسمع أيضًا ، لأن المرأة ليست بخصم ، وهو معنى قوله : م: (**ولا المرأة خصم في إثبات حقوق الغائب، فإذا ثبت في حقه**) ش: أي فإذا ثبت بإقراره على نفسه في حقه م: (**تعدى إلى الغائب**) ش: لكونه ما أقر بملكه . قال تاج الشريعة : كالمنفرد بهلال رمضان ، تثبت الرمضانية في حقه، ثم تتعدى إلى غيره .

م: (**وكذا**) ش: أي وكذا يفرض القاضي النفقة للمذكورين م: (**إذا كان المال في يده**) ش: أي في يد صاحب اليد م: (**مضاربة**) ش: بأن كان صاحب المال ضاربه ليعمل فيه م: (**وكذا الجواب في الدين**) ش: يعني إذا حضرت المرأة غريم زوجها الغائب عند القاضي ، فاعترف بالدين والزوجية ، فرض القاضي النفقة وإن جحد أحدهما فلا م: (**وهذا كله**) ش: أي هذا الذي قلنا من فرض القاضي النفقة عند اعتراف صاحب اليد بالزوجية والمال كله م: (**إذا كان المال من جنس حقها**) ش: أي حق المرأة م: (**دراهم أو دنانير أو طعامًا أو كسوة**) ش: أي أو كان كسوة م: (**من جنس حقها**) ش: أي جنس ما يكسى مثلها المرأة، يعني فيها الكسوة ؛ لأنها جنس حقها المستحق.

م: (**أما إذا كان من خلاف جنسه**) ش: أي من خلاف جنس حقها كالدار والعبد والعروض م: (**لا تفرض النفقة فيه؛ لأنه يحتاج إلى البيع ، ولا يباع مال الغائب بالاتفاق**) ش: عند أصحابنا م: (**أما عند أبي حنيفة ، فإنه لا يباع على الحاضر**) ش: يعني لو كان حاضرًا ما كان للقاضي أن يبيع ماله ؛ لأن بيع القاضي على وجه الحجر ، والحجر على العاقل البالغ باطل عنده . فإذا كان غائبًا بطريق الأولى ، وهو معنى قوله : م: (**وكذا على الغائب وأما عندهما**) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد م:

فلأنه إن كان يقضي على الحاضر ؛ لأنه يعرف امتناعه ، لا يقضي على الغائب ؛ لأنه لا يعرف امتناعه . قال :ويأخذ منها كفيلاً بها نظراً للغائب ؛ لأنها ربما استوفت النفقة أو طلقها الزوج ، وانقضت عدتها ، فرق بين هذا وبين الميراث إذا قسم بين ورثة حضور بالبينة ، ولم يقولوا لا نعلم له وارثاً آخر ، حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند أبي حنيفة -رحمه الله- لأن هناك المكفول به مجهول فلا يصح . وههنا معلوم ، وهو الزوج ، فيحلفها بالله عز وجل ما أعطاها النفقة نظراً للغائب .

(**فلأنه إن كان يقضي على الحاضر**) ش: إذا ثبت امتناعه من الحق الذي عليه ، وهو معنى قوله : م: (**لأنه يعرف امتناعه**) ش: فيقضي لأجل امتناعه .

وقوله : م: (**لا يقضي على الغائب**) ش: خبر كان، وإنما لا يقضي عليه م: (**لأنه لا يعرف امتناعه**) ش: ولكن لا يجوز للأبوين بيع عروض الولد الغائب عند أبي حنيفة استحسانًا ، ولا يتعرض له القاضي ، ويصرفان في أنفسهما بالمعروف كذا في «التحفة» .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ويأخذ منها**) ش: أي من المرأة م: (**كفيلاً بها**) ش: أي بالنفقة م: (**نظرًا للغائب**) ش: وقال السرخسي : وهذا أحسن ، وإن لم يأخذه ، جاز له ذكره في أدب القاضي للخصاف . وقال الصدر الشهيد : والصحيح الكفيل نظرًا للغائب . ولكن القاضي يحلفها أولاً على أن زوجها لم يعطها النفقة أن يجوز أن يعطيها نفقتها، قبل أن يغيب . ومع تلبس الأمر على القاضي، فيأخذ النفقة ثانيًا، ثم إذا حلفت أعطاها النفقة وأخذ منها كفيلاً م: (**لأنها**) ش: أي لأن المرأة م: (**ربما استوفت النفقة أو طلقها الزوج وانقضت عدتها**) ش: فلا تستحق شيئًا، ثم الكفالة بالنفقة تصح ، ولا يجبر عند محمد . وعند أبي يوسف يجبر استحسانًا ، ذكره في جوامع الفقه . وفي «الخزانة» : تصح الكفالة . ولم يذكر خلافًا ، فإن أطلق الضمان فهو على شهر عند محمد على الأبد ما دام النكاح باقيًا ، فإن ضمن كل شهر ، فهو على شهر واحد، وكذا عند كل شهر ، فإن رجع بعد مضي الشهر، لم يلزمه في الشهر الثاني. وقال أبو يوسف : يلزمه أبدًا، والأصح رجوعه ، ولو طلقها يلزم الكفيل نفقة العدة ؛ لأنها نفقة النكاح إن كان لها نفقة كل شهر فأبرأته صحت عن نفقة شهر واحد، فإن كفل بنفقة سنته لزمه ذلك ، وكذا لو قال أبدًا وما أشبه به . م : (**فرق**) ش: أي أبو حنيفة فرق م: (**بين هذا**) ش: أي بين أخذ الكفيل هنا م: (**وبين الميراث**) ش: في ترك أخذه من الميراث وهو م: (**إذا قسم**) ش: أي الميراث م: (**بين ورثة حضور**) ش: أي حاضرين م: (**بالبينة ، ولم يقولوا لا نعلم له وارثًا آخر ، حيث لا يؤخذ منهم الكفيل، عند أبي حنيفة ، لأن هناك**) ش: أي في مسألة الميراث م: (**المكفول به مجهول ، فلا يصح ، وههنا**) ش: أي في مسألة الكتاب م: (**معلوم**) ش: أي المكفول له معلوم م: (**وهو الزوج**) ش: فيصح م: (**فيحلفها**) ش: أي فيحلف القاضي المرأة م: (**بالله عز وجل ما أعطاها**) ش: أي الزوج م: (**النفقة نظرًا للغائب**) ش: وقد ذكرناه الآن .

قال: ولا يقضي بنفقة في مال غائب إلا لهؤلاء . ووجه الفرق ، هو أن نفقة هؤلاء المذكورين واجبة قبل قضاء القاضي ، ولهذا كان لهم أن يأخذوا قبل القضاء فكأن قضاء القاضي إعانة لهم ، أما غيرهم من المحارم ، فنفقتهم إنما تجب بالقضاء ، لأنه مجتهد فيه ، والقضاء على الغائب لا يجوز ، ولو لم يعلم القاضي بذلك ، ولم يكن مقراً به ، فأقامت البينة على الزوجية ، أو لم يخلف مالاً ، فأقامت البينة على الزوجية ليفرض القاضي نفقتها على الغائب ، ويأمرها بالاستدانة ، لا يقضي القاضي بذلك؛ لأن في ذلك قضاء على الغائب . وقال زفر - رحمه الله-: يقضي فيه ؛لأن فيه نظراً لها ، ولا ضرر فيه على الغائب ، فإنه لو حضر وصدقها ، فقد أخذت حقها ، وإن جحد يحلف فإن نكل فقد صدق .وإن أقامت بينة ، فقد ثبت حقها ، وإن عجزت ، يضمن الكفيل أو المرأة ، وعمل القضاة اليوم على هذا

م: (قال) ش: أي القدوري م: (**ولا يقضي بنفقة في مال غائب إلا لهؤلاء**) ش: أي لهؤلاء المذكورين من الزوجة والأولاد الصغار والوالدين والأولاد الكبار الزمنى والإناث م: (**ووجه الفرق**) ش: يعني بين قضاء القاضي لهؤلاء المذكورين بالنفقة في مال الغائب وبين عدم جواز قضائه لغيره من الآباء ، كالأخ والعم وسائر ذوي الأقارب م: (**هو**) ش: أي وجه الفرق م: (**أن نفقة هؤلاء المذكورين واجبة قبل قضاء القاضي، ولهذا**) ش: أي لوجوب نفقة هؤلاء قبل قضاء القاضي م: (**كان لهم أن يأخذوا قبل القضاء فكأن قضاء القاضي إعانة لهم**) ش: أي لهؤلاء . م: (**أما غيرهم**) ش: أي غير هؤلاء م: (**من المحارم فنفقتهم إنما تجب بالقضاء**) ش: أي بقضاء القاضي م: (**لأنه مجتهد فيه**) ش: لأن الشافعي لا يقول بوجوب النفقة في غير الأولاد ، فلما كان وجوبها بالقضاء م: (**والقضاء على الغائب لا يجوز**) ش: فلا يقضي لهم بالنفقة في مال الغائب م: (**ولو لم يعلم القاضي بذلك**) ش: متصل بقوله : وكذا إذا علم القاضي بذلك ، قوله بذلك أي بالزوجة م: (**ولم يكن**) ش: أي الرجل المودع م: (**مقرًا به**) ش: هو متصل بقوله : ولو لم يعترف به م: (**فأقامت**) ش: أي المرأة م: (**البينة على الزوجية**) ش: أي على أنها زوجة له م: (**أو لم يخلف**) ش: أي الزوج م: (**مالاً فأقامت البينة على الزوجية**) ش: أي على أنها زوجة له م: (**ليفرض القاضي نفقتها على الغائب ويأمرها بالاستدانة لا يقضي القاضي بذلك ؛ لأن في ذلك قضاء على الغائب**) ش: فلا يجوز .

م: (**وقال زفر : يقضي فيه**) ش: يعني يسمع البينة ويعطيها النفقة من مال الزوج ، وإن لم يكن له مال ، يأمرها بالاستدانة م: (**لأن فيه نظرًا لها، ولا ضرر فيه على الغائب ، فإنه**) ش: أي فإن الزوج م: (**لو حضر وصدقها فقد أخذت حقها وإن جحد**) ش: أي وإن أنكر الزوج ذلك م: (**يحلف**) ش: فإن نكل أي عن اليمين م: (**فإن نكل فقد صدق**) ش: المرأة.

م: (**وإن أقامت بينة فقد ثبت حقها ، وإن عجزت**) ش: أي عن البينة م: (**يضمن الكفيل أو المرأة**) ش: فإن ضمن الكفيل يرجع على المرأة م: (**وعمل القضاة اليوم على هذا**) ش: أي على قول زفر م:

أنه يقضي بالنفـقة على الغائب ، لحـاجة الناس إليه ، وهو مـجتهـد فيه ، وفي هذه المسـألة أقاويل مرجوع عنها ، لم يذكرها .

(**أنه يقضي بالنفقة على الغائب ؛ لحاجة الناس إلـيه، وهو مجتهد فيه**) ش: أي بين علمائنا ، إما لأن فيه خلاف زفر ، أو لأن فيه خلاف أبي يوسف على ما ذكر الخصاف مطلقًا ، أو على قوله الأول ، أو على ما ذكره في مختصر «الكافي» ، ثم على قول من يفرض ، لا تحتاج المرأة إلى إقامة البينة ، أن الزوج لم يخلف مالاً للنفقة .

م: (**وفي هذه المسـألة أقاويل مـرجـوع عنها لم يذكـرها**) ش: منهـا أن القـاضي إذا لم يكـن عـالمًا بالنكاح ، فـأقـامت البينة على النكـاح ، يقبل في قـول أبي حنيـفة وحـده الأول ، ومـنهـا لو أقـامت البينة على المودع أو المديون الجاحد للنكاح والنفقة على قول أبي حنيفة أولاً ، ثـم رجع ، قال : لا يقبل ، ومنها أن البينة على قول أبي يوسف أولاً تقبل ، ولكن لا تقضي بالنكاح . كذا في «التتمة» و«الفتاوى الصغرى» .

* * *

فصل

وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها ، رجعياً كان أو بائناً ، وقال الشافعي - رحمه الله - : لا نفقة للمبتوتة ، إلا إذا كانت حاملاً ، أما الرجعي فلأن النكاح بعده قائم ، لا سيما عندنا ، فإنه يحل له الوطء .وأما البائن فوجه قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس ، قالت : طلقني زوجي ثلاثاً ، فلم يفرض لي رسول الله ﷺ سكنى ولا نفقة» ، ولأنه لا ملك ، وهي مرتبة على الملك ، ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه ،

م: (فصل)

ش:لما فرغ من بيان النفقة والسكنى وما به قيام النكاح بينهما ، شرع في بيان ذلك بعد المفارقة م: (**وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيًا كان**) ش: أي الطلاق م: (**أو بائنًا**) ش: وهو قول عمر بن الخطاب -رضي الله تعالى عنه- ، وعبد الله بن مسعود، وعائشة ، وأسامة بن زيد بن ثابت في رواية ، وجابر في رواية، وبه قال سعيد بن المسيب، وشريح ، والأسود بن يزيد والشعبي والثوري والحسن بن حي، وأحمد في رواية .

م: (**وقال الشافعي : لا نفقة للمبتوتة**) ش: وهي التي طلقها ثلاثًا ، أو بعوض حتى وقع الطلاق بائنًا عنده ، وهو قول ابن عباس وجابر في رواية ، وبه قال مالك وأحمد في المشهور وعطاء وطاوس وعمرو بن ميمون وعكرمة والليث بن سعد وداود .

م: (**إلا إذا كانت حاملاً**) ش: فإنها تجب لها بالإجماع خلافًا للظاهرية، وعند الشافعي ومالك : لا سكنى لها أيضًا م: (**أما الرجعي**) ش: أي أما الطلاق الرجعي م: (**فلأن النكاح بعده قائم لا سيما**) ش: أي خصوصًا م: (**عندنا فإنه يحل له الوطء**) ش: في الطلاق الرجعي حتى يكون رجعيًا .

م: (**وأما البائن فوجه قوله**) ش: أي قول الشافعي م: (**ما روي عن فاطمة بنت قيس ، قالت: طلقني زوجي ثلاثًا، فلم يفرض لي رسول الله ﷺ سكنى ولا نفقة**) ش: هذا الحديث أخرجه الجماعة إلا البخاري عن الشعبي عن فاطمة بنت قيس ، قالت : طلقني زوجي ثلاثًا ، فخاصمته إلى رسول الله ﷺ في السكنى والنفقة ، فلم يجعل لي سكنى ولا نفقة ، فأمرني أن أعتد في بيت ابن أم مكتوم، وفاطمة بنت قيس بن خالد القرشية الفهرية الصحابية أخت الضحاك بن قيس، واسم زوجها أبو عمرو بن حفص، وذكر النسائي أن اسمه أحمد، وقال القاضي : الأشهر في اسمه عبد الحميد ، وقيل : كنيته .

م: (**ولأنه لا ملك**) ش: أي لا ملك ههنا م: (**وهي**) ش: أي النفقة م: (**مرتبة على الملك**) ش: فلا تجب م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل عدم الملك م: (**لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه**) ش: أي

بخلاف ما إذا كانت حاملاً لأنا عرفناه بالنص ، وهو قوله تعالى:﴿ وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن ﴾ الآية (الطلاق : الآية ٦) ولنا أن النفقة جزاء احتباس ، على ما ذكرنا، والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح ، وهو الولد؛ إذ العدة واجبة لصيانة الولد، فتجب النفقة . ولهذا كان لها السكنى بالإجماع ، وصار كما إذا كانت حاملاً .

لانعدام الملك م: (**بخلاف ما إذا كانت حاملاً**) ش: يعني تجب لها النفقة م: (**لأنا عرفناه**) ش: **أي عرفنا** وجوب النفقة للحامل م: (بالنص وهو قوله تعالى : ﴿ **وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن** ﴾) (**الطلاق: الآية٦**) .

م: (**ولنا أن النفقة جزاء احتباس على ما ذكرنا**) ش: وفي بعض النسخ على ما بينا، **أي في أول** باب النفقة م: (**والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد**) ش: الحكم المقصود بالنكاح هو التوالد والاستمتاع . قال تاج الشريعة : بخلاف المضارب إذا كان يعمل في المصر، حيث لا تجب نفقته في مال المضاربة؛ لأنه ليس بمحبوس بحق رب المال قصداً وبخلاف الصغيرة التي لا يستمتع بها ، أما الكبيرة الرتقاء فلها النفقة م: (**إذ العدة واجبة لصيانة الولد ، فتجب النفقة، ولهذا كان لها**) ش: أي المبتوتة م: (**السكنى بالإجماع**) ش: دعوى الإجماع فيه نظر ، لأن السكنى لا تجب على مذهب الحسن البصري، وعطاء بن أبي رباح والشعبي وإسحاق وإبراهيم في رواية وأهل الظاهر م: (**وصار**) ش: أي حكم المبتوتة م: (**كما إذا كانت حاملاً**) ش: وجوب النفقة إذا كانت حاملاً لا يخلو من أحد أمرين : إما أن تكون لأجل العدة ، ولهذا إذا كان الحمل غنيًا ، بأن ورث من أخيه من أمه، أو أوصى له بها ، كما يجب على الزوج نفقة المطلقة الحامل، فلو كان لأجل الولد لا يجب؛ لأن نفقة الولد على الأب لا تجب إذا كان الولد غنيًا، ألا ترى أنه إذا أنفق على الولد، ولم يعلم بأنه غني ، ثم تبين بأنه غني يرجع عليه، وهنا لا يرجع عليه، وإن كان بحكم الحاكم، فعلم أن النفقة كانت لأجل العدة ، وفي هذا المعنى الحابل والحامل سواء .

فإن قلت: إذا كان كذلك ، فما فائدة القيد بالحمل في الآية ؟

قلت: أن الحامل تستحق النفقة بقدر عدتها ثلاثة أقراء، فوقع الإشكال أن الحامل تستحق النفقة في مقدار هذا الزمان أو أكثر ، فأزال هذا الإشكال أن الحامل تستحق النفقة وإن طالت مدة الحمل بقوله تعالى : ﴿ **حتى يضعن حملهن** ﴾ (الطلاق : الآيه٦) .

فإن قلت: انقطعت الزوجية في المبتوتة ، فلا يجب لها النفقة كالمتوفى عنها زوجها .

قلت: يمنع صحة القياس؛ لأن النفقة جزاء الاحتباس ، والمبتوتة محبوسة عن سائر الأزواج في بيت زوجها في عدتها، فتجب لها النفقة كما في الرجعي ، بخلاف المتوفى عنها زوجها، لأنها ليست بمحبوسة لحق الزوج بل لحق الشرع .

وحديث فاطمة بنت قيس ، رده عمر -رضي الله عنه - فإنه قال: لا ندع كتاب ربنا ولا وسنة نبينا بقول امرأة ، لا ندري أصدقت أم كذبت ، حفظت أم نسيت . سمعت رسول الله ﷺ يقول: «للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة » . وردّه أيضاً زيد بن ثابت - رضي الله عنه- ، وأسامة بن زيد

م: (**وحديث فاطمة بنت قيس**) ش: هذا جواب عن حديث فاطمة بنت قيس الذي احتج به الشافعي ، تقديره أن حديث فاطمة م: (**رده عمر -رضي الله عنه-**) ش: يعني ابن الخطاب-رضي الله تعالى عنه- . م: (**فإنه قال : لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا بقول امرأة ، لا ندري أصدقت أم كذبت، حفظت أم نسيت ، سمعت رسول الله ﷺ يقول : « للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة »**) ش: هذا الحديث أخرجه مسلم عن أبي إسحاق قال : حدث الشعبي بحديث فاطمة بنت قيس، أن رسول الله ﷺ قال : «**لا سكنى لها ولا نفقة**» فأخذ الأسود كفًا من حصىً فحصبه به ، فقال : ويلك ، تحدث بمثل هذا ! .

قال عمر -رضي الله تعالى عنه- : لا نترك كتاب ربنا ولا سنة نبينا ، لقول امرأة لا ندري حفظت أم نسيت ، لها السكنى والنفقة . ورواه أيضًا أبو داود والترمذي والنسائي والطحاوي والدارقطني ، لكن لا ينقل عمر - رضي الله تعالى عنه- ، سمعت رسول الله ﷺ . ولكن روى جابر أنه عليه السلام قال : للمطلقة ثلاثًا ، النفقة والسكنى ذكره عبد الحق ، وقد بوب الطحاوي في هذا بابًا مطولاً ، وأمعن الكلام فيه ، وشرحناه كما ينبغي . فمن أراد ذلك ، فليرجع إليه ، قوله: لا ندع كتاب ربنا ، يريد به: قوله تعالى: ﴿ **أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم** ﴾ (**الطلاق : الآية ٦**) ، ووجد ذلك أن الوجد هو السعة والغنى ، وذلك يرجع إلى ما يملك به .

وأما الإسكان ، فإنه قد يملك إسكانها من غير ملكه ، يسكن هو ولا يملك الإنفاق من غير ملكه ، فكان تقديره -والله أعلم- ما تلاه ابن مسعود رضي الله تعالى عنه : **وأنفقوا عليهم من وجدكم**، وقوله: سنة نبينا يريد به قوله : سمعت رسول الله ﷺ، يقول:« **للمطلقة ثلاثًا ، النفقة والسكنى ما دامت في العدة** » .

م: (**ورده أيضًا زيد بن ثابت**) ش: أي: روى حديث فاطمة بنت قيس بن زيد بن ثابت الأنصاري ، وقال مخرج الأحاديث : حديث زيد بن ثابت، غريب م: (**وأسامة بن زيد**) ش: أي رده أيضًا أسامة بن زيد بن حارثة ، وقال مخرج الأحاديث : هذا أيضًا غريب .

قلت: ليس كذلك ، لأن الطحاوي رواه : حدثنا ربيع المؤذن وقال: حدثنا شعيب عن الليث ، قال أخبر الليث عن جعفر بن ربيعة بن عبد الرحمن بن هرمز عن أبي سلمة عن عبد الرحمن قال: كانت فاطمة بنت قيس تحدث[عن] رسول الله ﷺ ، أنه قال لها : «**اعتدي في بيت ابن أم مكتوم** »، وكان محمد بن أسامة إذا ذكرت فاطمة من ذلك شيئًا رماها بما كان في يده لهذا ،

وجابر وعائشة - رضي الله عنهم - . ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها ؛ لأن احتباسها ليس لحق الزوج ، بل لحق الشرع ، فإن التربص عبادة منها . ألا ترى أن معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيها الحيض ، فلا تجب نفقتها عليه ، ولأن النفقة تجب شيئاً فشيئاً ، ولا ملك له بعد الموت ، فلا يمكن ايجابها في ملك الورثة . وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج ، فلا نفقة لها؛ لأنها صارت حابسة نفسها بغير حق ، فصارت كما إذا كانت ناشزة .

أسامة ابن زيد ، وقد أنكر ذلك مثل ما أنكره عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه .م: **(وجابر وعائشة رضي الله عنهم)** ش: أي رواه أيضًا جابر بن عبد الله رضي الله تعالى عنه ، ورواه الدارقطني في «سننه» عن حرب بن أبي العالية عن أبي الزبير عن جابر عن النبي ﷺ قال: **«المطلقة ثلاثًا لها السكنى والنفقة»** م: **(وعائشة رضى الله تعالى عنها)** ش: أي روته عائشة رضي الله تعالى عنها، وأخرجه مسلم عن عبد الرحمن بن قاسم ، عن أبيه، عن عائشة رضي الله تعالى عنها ، أنها قالت : ما لفاطمة أن نذكرها ، يعني في قوله : «لا سكنى ولا نفقة» ، وفي لفظ البخاري : قالت : ما لفاطمة لا تتقي الله في قولها لا سكنى ولا نفقة .

م: **(ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها ؛ لأن احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع)** ش: وبه قال أحمد والشافعي في قول، وهو قول ابن عباس والحكم بن عتيبة وعطاء وابن سيرين وعبد الملك ابن يعلى ، قاضي البصرة ، والحسن البصري وعامر بن شعيب ، وفي قول آخر للشافعي : إذا كان للميت مال كثير ينفق عليها من نصيبها ، وإن كان قليلاً ينفق عليها من جميع المال ، وفي وجوب السكنى له قولان . أحدهما : لا يجب ، كقولنا - وهو اختيار المزني- والثاني : يجب ، وبه قال مالك م: **(فإن التربص)** ش: المذكور في القرآن م: **(عبادة منها)** ش: أي من المرأة التي توفي عنها زوجها .

م: **(ألا ترى أن معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه ، حتى لا يشترط فيها)** ش: أي في عدتها م: **(الحيض ، فلا تجب نفقتها عليه ، ولأن النفقة تجب شيئًا فشيئًا ولا ملك له بعد الموت ، فلا يمكن إيجابها في ملك الورثة)** ش: قال الطحاوي في «مختصره» : ولا سكنى للمتوفى عنها زوجها، ولا نفقة في مال الزوج حاملاً كانت أو غير حامل . وقال أبو بكر الرازي : قد كانت نفقتها واجبة في مال الميت بقوله : ﴿وصية لأزواجهم متاعًا إلى الحول﴾ فنسخت هذه النفقة بالميراث، وبقوله تعالى : ﴿ يتربصن بأنفسهن ﴾ (البقرة : الآية ٢٢٨)، فأوجب نفقتها على نفسها من مال الزوج .
م: **(وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج ، فلا نفقة لها ؛ لأنها صارت حابسة نفسها بغير حق ، فصارت كما إذا كانت ناشزة)** ش: إنما قيد بالنفقة احترازاً عن السكنى ، لأن السكنى واجب لها ، لأن القرار في البيت مستحق عليها، فلا يسقط ذلك بمعصيتها ، فأما النفقة فواجبة لها ، فيسقط ذلك بمجيء الفرقة من قبلها بمعصية . وقال في «المبسوط» : نفقة المرتدة لا

بخلاف المهر بعد الدخول ؛لأنه وجد التسليم في حق المهـر بالوطء .وبخلاف ما إذا جاءت الفرقة من قبلها بغيـر معصية ، كخيار العتق وخـيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة، لأنها حـبست نفسها بحق ، وذلك لا يسقط النفقة ، كما إذا حبست نفسها لاستيفاد المهر. وإن طلقها ثلاثاً ، ثم ارتدت والعياذ بالله ، سقطت نفقتها ، وإن مكنت ابن زوجهـا من نفسها فلها النفقة ، ومعناه مكنت بعد الطلاق؛ لأن الفرقة تثبت بالطلقات الثلاث ،فلا عمل فيـها للردة والتمكين . إلا أن المرتدة تحبس حتى تتوب . ولا نفقة للمحبوسة ، والممكنة لا تحبس ، ولهذا تقع الفرقة.

لعين الردة ، بل لأنها تحبس ، والمحبوسة بحق لا تستوجب النفقة حال قيام النكاح ، فكذا في العدة ، حتى لو ارتدت ولم تحبس ، بل هي في بيت الزوج أو ثابت ورجعت إلى بيت الزوج ، فلها النفقة لعدم الحبس .

م: (**بخلاف المهر بعد الدخول**) ش: حيث لا تسقط م: (**لأنه وجد التسليم في حق المهر بالوطء ، وبخلاف ما إذا جاءت الفرقة من قبلها**) ش: أي من قبل المرأة لكن م: (**بغير معصيـة كخيار العتق**) ش: نحو أم الولد أعتقت ، ونحو المدبرة أعتقت ، وهما عند الزوج قد بوأ المولى لهما بيتًا ، فاختارتا الفرقة فلهما النفقة م: (**وخيار البلوغ**) ش: نحو الصغيرة أدركت واختارت نفسها، فلها النفقة م: (**والتفريق لعدم الكفاءة**) ش: بعد الدخول ، فلها النفقة ، وكذا للملاعنة النفقة والسكنى، وكذا البائنة بالخلع والإيلاء م: (**لأنها حبست نفسها بحق، وذلك لا يسقط النفقة ، كما إذا حبست نفسها لاستيفاء المهر**) ش: حيث لا تسقط النفقة .

م: (**وإن طلقها ثلاثًا ثم ارتدت- والعياذ بالله- ، سقطت نفقتها**) ش: لأن الإسقاط بسببها م: (**وإن مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة ، ومعناه**) ش: من كلام المصنف معنى قول القدوري م: (**مكنت بعد الطلاق**) ش: فلا نفقة لها لحصول الفرقة من قبلها بمعصية ، وقال زفر: لا نفقة لها إذا مكنت ابن زوجها في عدتها كما إذا مكنته فى حال قيام النكاح لا تجب فكذا هنا م: (**لأن الفرقة**) ش: هذا التعليل إشارة إلى الفرق بين المسألتين المذكورتين إحداهما هو قوله :وإن طلقها ثلاثًا ثم ارتدت ، والأخرى هو قوله : وإن مكنت ابن زوجها حيث تسقط النفقة في الأولى دون الثانية ،بيانه هو قوله لأن الفرقة م : (**تثبت بالطلقات الثلاث ، فلا عمل فيها للردة**) ش: أي : لا عمل في الفرقة لأجل الردة بل للحبس م: (**والتمكين**) ش: أي ولا عمل في الفرقة لأجل التمكين ، بل لعدم الحبس .

م : (**إلا أن المرتدة**) ش: أي غير أن المرتدة م : (**تحبس حتى تتوب**) ش: من الردة م : (**ولا نفقة للمحبوسة ، والممكنة**) ش: أي المرأة التي مكنت ابن زوجها م: (**لا تحبس**)ش: فلها النفقة م: (**ولهذا**)ش: أي : ولهذا التعليل الذي علل للمسألتين م:(**تقع الفرقة**)ش: بينهما حيث تكون المنفعة للممكنة ، ولا تكون للمعتدة إذا ارتدت .

فروع : أبرأته من النفقة في المستقبل وهي زوجته لا يصح .

ولو أبرأته عنها في الخلع صح لأن الإبراء في الخلع إبراء بعوض . وفي الأول إبراء قبل الوجود فلا يصح ، ولو صالحت المعتدة على دراهم إن كانت عدتها بالحيض ، لا يصح للجهالة وإن كانت بالأشهر ، تصح لأن المدة معلومة وللملاعنة النفقة والسكنى . وعند الشافعي لا نفقة لها ، وفي السكنى قولان تجب في قول ولا تجب في قول .

* * *

فصل

ونفقة الاولاد الصغار على الأب لا يشاركه فيها أحد كما لا يشاركه في نفقة الزوجية ؛ لقوله تعالى ﴿ وعلى المولود رزقهن وكسوتهن﴾ (البقرة : ٢٣٣) ، والمولود له هو الأب. وإن كان الصغير رضيعاً ، فليس على أمه أن ترضعه؛ لما بينا أن الكفاية على الأب. وأجرة الرضاع كالنفقة ؛ ولأنها عساها لا تقدر عليه لعذر بها ، فلا معنى للجبر عليه .

م: (فصل)

ش: أي هذا فصل لما فرغ من بيان نفقة الزوجية شرع في بيان نفقة الأولاد م: (**ونفقة الأولاد الصغار على الأب لا يشاركه فيها أحد كما لا يشاركه في نفقة الزوجية**) ش: هذا الذي ذكره ظاهر الرواية . وعن أبي حنيفة أن نفقة الولد على الأب والأم أثلاثا ، بحسب ميراثهما وبإجماع الأئمة الأربعة تجب نفقه الولد الصغير على الأب . وقال الطحاوى في «مختصره» : ويجبر الرجل على نفقة أولاده الصغار ، إذا كانوا فقراء ذكوراً كانوا أو إناثًا . وإن كانوا كباراً محتاجين أجبر على نفقة الإناث منهم ، ولم يجبر على نفقة الذكور منهم وإن كان من ذكورهم من به زمانة كالعمى والشلل في اليدين وما أشبه ذلك ، فإنه يجبر على نفقته .

م: (**لقوله تعالى: ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ﴾**) (**البقرة : الآية ٢٣٣**) ، م : (**والمولود له هو الأب**) ش: وقيل: وجه الاستدلال أن رزق الوالدات وجب على الأب لسبب الولد وجب عليه رزق الولد بطريق الأولى م: (**وإن كان الصغير رضيعًا ، فليس على أمه أن ترضعه لما بينا**) ش: معنى قوله: لا يشاركه فيها أحد م: (**أن الكفاية**) ش: هي كفاية الصغير م: (**على الأب وأجرة الرضاع كالنفقة**) ش: يعني كما تجب عليه النفقة إذا فطم ، يجب عليه أن يستأجر من يرضعه فيكون بأجرة الرضاع كالنفقة تجب عليه ، م: (**ولأنها عساها لا تقدر عليه**) ش:أي على الإرضاع م: (**لعذر بها**) ش: يمنعها من الإرضاع م: (**فلا معنى للجبر عليه**) ش: أي على الإرضاع . هذا إذا وجد من يرضعه ، فإن لم يوجد ، ولم يكن بها علة تجبر صيانة عن الضياع . وفي «الذخيرة» : لو كان لا يوجد من يرضعه أو لا يأخذ ثدي غيرها تجبر . وذكر الحلواني في ظاهر الرواية لا تجبر لأن الولد يتغذى بالدهن والشراب وبقية الألبان ، فلا ترك إجبارها إلى التلف وإلى الأول مال القدوري والسرخسي .

وقال شمس الأئمة السرخسي : إذا لم تجبر كان على الأب أن يكتري امرأة ترضعه عند الأم، ولا ينزع الولد من الأم ، لأن الأمة أجمعت على أن الحجر لها ، لكن لا يجب عليها أن تمكث في بيت ، إلا إذا لم يشترط عليها ذلك عند العقد وكان الولد يستغني عنها في تلك الساعة ، بل لها أن ترضع ثم ترجع إلى منزلها . وإن لم يشترط أن ترضع عند الأم كان لها أن تحمل الصبي إلى منزلها ، أو تقول : أخرجوه فترضعه عند فناء الدار ، ثم يدخل الولد إلى الأم إلا أن

وقيل في تأويل قوله تعالى : ﴿ لا تضار والدة بولدها ﴾ (البقرة : ٢٣٣) ، بإلزامها الإرضاع مع كراهتها ، وهذا الذي ذكرنا بيان الحكم ، وذلك إذا كان يوجد من يرضعه . أما إذا كان لا يوجد من ترضعه ، تجبر على الإرضاع صيانة للصبي عن الضياع . قال : ويستأجر الأب من ترضعه عندها أما استئجار الأب ،فلأن الأجر عليه . وقوله «عندها» معناه إذا أرادت ذلك؛لأن الحجر لها.

يكون اشتراط عند العقد أن يكون الطفل عند الأم فحينئذ يلزمها الوفاء بالشرط . وقال في «العمدة» : ولا يؤاخذ الأب بأجرة الرضاع لأكثر من سنتين بالإجماع .

م: (**وقيل في تأويل قوله تعالى :﴿ لا تضار والدة بولدها ﴾ (البقرة : الآية ٣٣) بإلزامها الإرضاع مع كراهتها**) ش: ﴿ **ولا مولود له بولده** ﴾ بأن تطرح الأم الولد إلى الأب . إذا لم يقبل الصبي إلا ثدي أمه ، والحاصل ينهى أن يلحق بها الضرر من قبل الزوج ، وعن أن يلحق الضرر بالزوج من قبل المرأة بسبب الولد م: (**وهذا الذي ذكرنا**) ش: أي عدم الجبر ، وفي نسخة الأترازي ، وهذا الذي ذكر ، ثم فسره بقوله ، أي الذي ذكره القدوري بقوله ، وإن كان الصغير رضيعًا فليس على أمه أن ترضعه م: (**بيان الحكم**) ش: أي القضاء . أما من جهة الدين ، فيجب عليها أن ترضع . قال الأترازي : ولهذا قالوا لا يجوز لها أن تأخذ الأجر بالإرضاع ، لأن أخذ الأجرة بإزاء ما يجب عليها من حيث الدين ، لا يجوز . وبه صرح في شرح كتاب النفقات ، قال : وظن بعض الشارحين أن المراد من قوله بيان الحكم هو جواب ظاهر الرواية . ثم قال : وروى الحسن عن أبي حنيفة أن النفقة على الأب والأم ، أثلاثًا بحسب ميراثهما في الولد ، وتلك الرواية صحيحة . ولكن الشرح من المشروح كالصب من النون .

م: (**وذلك**) ش: يعني عدم وجوب الإرضاع على الأم م: (**إذا كان يوجد من يرضعه**) ش: أي من يرضع الصغير ، يعني يوجد مرضعة أخرى تجبر م: (**أما إذا كان لا يوجد من ترضعه تجبر**) ش: أي الأم م: (**على الإرضاع صيانة للصبي عن الضياع**) ش: بفتح الضاد مصدر من ضاع يضيع ، وأما الضياع بالكسر فهو جمع ضيعة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ويستأجر الأب من ترضعه عندها**) ش: أي عند أم الصغير م: (**أما استئجار الأب ، فلأن الأجر عليه ، وقوله**) ش: أي قول القدوري م: (**«عندها» معناه إذا أرادت ذلك لأن الحجر لها**) ش: أي لأن التربية لها بحق الحضانة . ولا عليها أن تمكث في بيت الأم ، إلا أن يشترط ذلك ، وقد ذكرناه عن قريب .

فإن أجرت نفسها للإرضاع ، ثم تزوجت ، فليس للزوج منعها من ذلك ، حتى تنقضي مدة الإجارة ولا فسخها . فإذا نام الصبي أو اشتغل بغيرها ، فله الاستمتاع بها ، وليس لولي الصبي منعه من ذلك ، وبه قال الشافعي . وقال مالك : ليس له وطأها إلا برضى الولي . ولو أجرت نفسها للإرضاع ، يجوز بإذن الزوج ، وبغير إذنه لا يجوز ، لأن الحق له ، وهو أحد الوجهين

وإن استأجرها وهي زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم يجز ؛ لأن الإرضاع مستحق عليها ديانة . قال الله تعالى: ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن ﴾ (البقرة : ٢٣٣)، إلا أنها عذرت لاحتمال عجزها . فإذا أقدمت عليه بالأجر ، ظهرت قدرتها ، فكان الفعل واجباً عليها ، فلا يجوز أخذ الأجر عليه ، وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة ؛ لأن النكاح قائم ،وكذا في المبتوتة في رواية . وفي رواية أخرى جاز استئجارها لأن النكاح قد زال . وجه الأولى أنه باق في حق بعض الأحكام. ولو استأجرها وهي منكوحته أو معتدته لإرضاع ابن له من غيرها جاز لأنه غير مستحق عليها .وإن انقضت عدتها فاستأجرها ، يعني لإرضاع ولدها جاز؛ لأن النكاح قد زال بالكلية ، وصارت كالأجنبية . فإن قال الأب : لا أستأجرها ، وجاء بغيرها فرضيت الأم بمثل أجر الأجنبية أن رضيت بغير أجر ، كانت

للشافعية ، والثاني : يجوز ، وله فسخها إن شاء ، وعندنا له فسخها إذا لم يعلم بها ، وليس له منعه من وطئها . فإذا حبلت ، فله فسخها للضرر كما لو مرضت .

م: (وإن استأجرها وهي زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم يجز ؛ لأن الإرضاع مستحق عليها ديانة، قال الله تعالى : ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن ﴾ (البقرة : الآية ٢٣٣)) ش: واختلفوا في معناه ، فقيل أنه مجرد خبر من غير إلزام الإرضاع ، وقيل إنه في معنى الأمر لقوله تعالى : ﴿والمطلقات يتربصن ﴾ (البقرة : الآية ٢٢٨) ، والأصح أنه خبر بمعنى الأمر على وجه الندب ، أو على وجه الوجوب ، إذا لم يقبل إلا ثدي أمه م: (إلا أنها عذرت لاحتمال عجزها ، فماذا أقدمت عليه بالأجر) ش: أي على الإرضاع بالأجر .

م: (ظهرت قدرتها ، فكان الفعل واجبًا عليها ، فلا يجوز أخذ الأجر عليه ، وهذا) ش: أي هذا المذكور من عدم جواز الإجارة م: (في المعتدة عن طلاق رجعي ، رواية واحدة ؛ لأن النكاح قائم ، وكذا) ش: أي وكذا لا يجوز م: (في المبتوتة) ش: أي في العدة فيه روايتان لا يجوز م: (في رواية) ش: وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة م: (وفي رواية أخرى جاز استئجارها) ش: وهي ظاهر الرواية م: (لأن النكاح قد زال) ش: فصارت كالأجنبية م: (وجه الأولى) ش: وهي عدم الجواز م: (أنه) ش: أي أن النكاح م: (باق في حق بعض الأحكام) ش: وهي العدة ، ووجوب النفقة والسكنى وعدم دفع زكاته إليها وشهادته لها ، فلا يجوز استئجارها كما في حال قيام النكاح .

م: (ولو استأجرها وهي منكوحته أو معتدته لإرضاع ابن له من غيرها جاز ؛ لأنه غير مستحق عليها. وإن انقضت عدتها فاستأجرها يعني لإرضاع ولدها جاز ؛ لأن النكاح قد زال بالكلية ، وصارت كالأجنبية ، فإن قال الأب : لا أستأجرها) ش: أي امرأته .

م: (وجاء بغيرها ، فرضيت الأم بمثل أجر الأجنبية ، أو رضيت بغير أجر ، كانت) ش: أي الأم

هي أحق به؛ لأنها أشفق ، فكان نظراً للصبي في الدفع إليها . وإن التمست زيادة ، لم يجبر الزوج عليها دفعاً للضرر عنه ، وإليه الإشارة في قوله تعالى : ﴿ لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده ﴾(البقرة : الآية ٢٣٣) ، أي بإلزامه لها أكثر من أجرة الأجنبية . ونفقة الصغير واجبة على أبيه وإن خالفه في دينه ، كما تجب نفقة الزوجة على الزوج ، وإن خالفته في دينه ،أما الولد فلإطلاق ما تلونا . ولأنه جزؤه فيكون في معنى نفسه . وأما الزوجة فلأن السبب هو العقد الصحيح ، فإنه بإزاء الاحتباس الثابت به ، وقد صح العقد بين المسلم والكافرة ، وترتب عليه الاحتباس ، فوجبت النفقة ، وفي جميع ما ذكرنا ، إنما تجب النفقة على الأب ، إذا لم يكن للصغير مال .

م: **(هي أحق به لأنها أشفق)** ش: على الصغير م: **(فكان نظراً للصبي في الدفع إليها)** ش: أي إلى الأم والدفع إلى الأجنبية أضر به .

م: **(وإن التمست)** ش: أي وإن طلبت الأم م: **(زيادة)** ش: على أجرة الأجنبية م: **(لم يجبر الزوج عليها)** ش:أي على الزيادة م: **(دفعًا للضرر عنه، وإليه الإشارة)** ش: أي إلى دفع الضرر عن الزوج م: **(في قوله :﴿ لا تضار والدة بولدها ، ولا مولود له بولده ﴾ (البقرة: الآية٢٣٣) ، أي بإلزامه لها أكثر من أجرة الأجنبية)** ش: بل يدفع الصغير إلى الظئر ترضعه عند الأم لأن الحضانة لها . م: **(ونفقة الصغير واجبة على أبيه وإن خالفه في دينه)** ش: هذا إذا أسلم الصغير العاقل وأبوه كافر أو ارتد - والعياذ بالله تعالى- ، وأبوه مسلم لأن ارتداده وإسلامه صحيح عندنا .

م: **(كما تجب نفقة الزوجة على الزوج ، وإن خالفته في دينه ، أما الولد)** ش: أي أما نفقة الولد.

م: **(فلإطلاق ما تلونا)** ش: وهو قوله تعالى : **﴿ و على المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ (البقرة : الآية ٢٣٣)** م: **(ولأنه)** ش: أي ولأن الولد م: **(جزؤه فيكون في معنى نفسه)** ش: وكفره لا يؤثر في نفقته ، فكذا كفر ولده .

م: **(وأما الزوجة)** ش:أي وأما نفقة الزوجة م: **(فلأن السبب)** ش: أي سبب وجوب النفقة م: **(هو العقد الصحيح ، فإنه)** ش: أي فإن سبب وجوب النفقة م: **(بإزاء الاحتباس الثابت به)** ش: أي بالعقد م: **(وقد صح العقد بين المسلم والكافرة)** ش: لقوله تعالى : **﴿ والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب ﴾ (المائدة : ٥)** أي العفائف عن فعل الزنا ، وقد مر في النكاح ، فإذا صح العقد بينهما م: **(وترتب عليه الاحتباس)** ش: فإذا ترتب عليه الاحتباس م: **(فوجبت النفقة)** ش: عليه م: **(وفي جميع ما ذكرنا)** ش: أي في هذا الفصل م: **(إنما تجب النفقة على الأب إذا لم يكن للصغير مال)** ش: فنقول نكرة في موضع النفي تعم جميع أجناس الأموال ، حتى لو كان للصغير عقار وحيوان وثياب للأب أنه يبيع ذلك كله وينفقه ، لأن الصغير غبي بهذه الأشياء . كذا في «الذخيرة » . وإن لم يكن للصغير مال ، فعلى الأب أن يكتب وينفق على ولده، يجبر على ذلك ويحبس . وبه قال

وأما إذا كان له ، فالأصل أن نفقة الإنسان في مال نفسه صغيراً كان أو كبيراً .

الشافعي بخلاف سائر الديون ، حيث لا يحبس ، فلأن الأب وإن علاها يحبس في ديون الأولاد . وفي الدين يحبس لما أن في الامتناع من الكسب إتلاف للنفس ، والأب يستوجب العقوبة عند قصده إتلاف ولده ، كما لو عدا على أبيه بالسيف ، كان للأب أن يقتل ، ولو كان الأب عاجزاً عن الكسب بالزمانة أو بأنه مقعد يتكفف الناس وينفق عليهم ، هكذا ذكره الخصاف في نفقته . ومن المتأخرين من قال : نفقة الأولاد في هذه الصورة في بيت المال ؛ لأن نفقة هذا الأب في بيت المال ، فكذا نفقة الأولاد ، وطالب العلم إذا كان لا يهتدي إلى الكسب ، فنفقته على الأب لا تسقط عنه كالزمن والأنثى .

م: (**وأما إذا كان له**) ش: أي للصغير مال م: (**فالأصل أن نفقة الإنسان في مال نفسه صغيراً كان أو كبيراً**) ش: وذلك لأن أحد الأمرين ليس في إيجاب النفقة على صاحبه ، أولى من إيجاب نفقة صاحبه عليه ، والفرق بين نفقة الصغير والزوجة بحيث لا تجب نفقة الصغير على الأب ، إذا كان الصغير غنيًا بأي مال كان ، وتجب نفقة الزوجة على الزوج وإن كانت الزوجة غنية ، إذ نفقة الصغير واجبة للحاجة ، فإذا انعدمت الحاجة ، فلا تجب ، كنفقة الخادم ، ونفقة للزوجة بإزاء التمكين من الاستمتاع ، فكان طريقه البدل والمعادلة ، والبدل يوجد وإن وجد الغنى .

* * *

فصل

وعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته ، إذا كانوا فقراء وإن خالفوه في دينه . أما الأبوان ، فلقوله تعالى: ﴿ وصاحبهما في الدنيا معروفاً ﴾ (لقمان : ١٥) ، فأنزلت في الأبوين الكافرين .

م: (فصل)

ش: أي هذا فصل ، ولما فرغ من بيان نفقة الأولاد شرع في بيان نفقة الآباء والأجداد والخادم م: **(وعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته إذا كانوا فقراء)** ش: وفي «المبسوط» على الرجل الموسر ، نفقة أبيه وأمه ، وأب الأب وإن علا ، وأم الأب وإن علت ، وأم الأم وإن علت . وشرط الشافعي في ذلك أن يكون الأب زمنًا ولم يوافقه أحد . وفى «التنبيه» : ويجب على الأولاد ذكورهم وإناثهم نفقة الوالدين ، وإن علوا بشرط الفقر والزمانة ،و الجنون مع الصحة قولان، أظهرهما : لا يجب .

م: **(وإن خالفوه في دينه)** ش: واصل بما قبله ؛أي وإن خالف هؤلاء الرجل في دينه ، وهو إذا كانوا من أهل الذمة ، أما إذا كانوا من أهل الحرب ، فلا يجب ، لأنا نهينا عن المبرة في ذمتهم م: **(أما الأبوان ؛ فلقوله تعالى: ﴿ وصاحبهما في الدنيا معروفًا ﴾ (لقمان : الآية ١٥) فأنزلت في الأبوين الكافرين)** .

ش: قال المفسرون : أنزلت في سعد بن أبي وقاص -- رضي الله تعالى عنه -وذلك أنه لما أسلم، قالت له أمه جميلة : يا سعد بلغني أنك مبهوت ، فوالله لا أظلني سقف بيت عن الثلج والريح ولا آكل ولا أشرب حتى تكفر بمحمد ، وترجع إلى ما كنت عليه ، وكان أحب ولدها إليها فأبى سعد وصبرت هي ثلاثة أيام ، فلم تأكل ولم تشرب ، ولم تستظل بظل حتى غشي عليها ، فأتى سعد النبي ﷺ وشكا ذلك إليه ، فأنزل الله تعالى هذه الآية : **﴿ وإن جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفًا ﴾**[1] (لقمان : الآية ١٥) .

---

(١) أخرج الحافظ الطبراني قال : حدثنا أبو عبد الرحمن عبد الله بن أحمد بن حنبل حدثنا أحمد بن أيوب بن راشد حدثنا مسلمة بن علقمة عن داود بن أبي هند أن سعد بن مالك قال : « أنزلت هذه الآية في ﴿ وإن جاهداك على أن تشرك ... الآية ﴾ قال : كنت رجلاً براً بأمي ، فلما أسلمت قالت : يا سعد ما هذا الذي أراك قد أحدثت لتدعن دينك هذا أو لا آكل ولا أشرب حتى أموت فتعير بي ، فيقال : يا قاتل أمه، فقلت : لا تفعلي يا أمه ، فإني لا أدع هذا الشيء فمكثت يوماً وليلة لم تأكل ، فأصبحت قد جهدت ، فمكثت يوماً آخر وليلة لم تأكل ، فأصبحت قد جهدت ، فمكثت يوماً وليلة أخرى لا تأكل ، فأصبحت قد اشتد جهدها فلما رأيت ذلك، قلت : يا أمه تعلمين والله لو كانت لك مائة نفس فخرجت نفساً نفساً ما تركت ديني هذا لشيء ، فإن شئت فكلي وإن شئت لا تأكلي ، فأكلت .

وليس من المعروف أن يعيش الرجل في نعم الله تعالى، ويتركهما يموتان جوعاً . وأما الأجداد والجدات ؛ فلأنهم من الآباء والأمهات ، ولهذا يقوم الجد مقام الأب عند عدمه ، ولأنهم سبب لإحيائه فاستوجبوا عليه الإحياء ؛ لأنهما بمنزلة الأبوين ، وشرط الفقر لأنه لو كان ذا مال ، فإيجاب نفقته في ماله أولى من ايجابها في مال غيره ، ولا يمنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا. ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا للزوجة، والأبوين ، والأجداد والجدات، والولد ، وولد الولد .أما الزوجة فلما ذكرنا أنها واجبة لها بالعقد لاحتباسها لحق له مقصود ،

م: (**وليس من المعروف أن يعيش الرجل في نعم الله تعالى ، ويتركهما**) ش: أي الأبوين م: (**يموتان جوعًا**) ش: والمعروف هو المحاسنة بالخلق الجميل والحلم والاحتمال والبر والصلة ، وبما يقتضيه الكرم والمروءة ، واستدل شمس الأئمة السرخسي في« شرح الكافي» بقوله تعالى : م: (**فلا تقل لهما أف**) ش: (الإسراء : الآية ٢٣) ، وقال : نهى عن التأفيف يعني الأذى ، ومنع الأذى في منع النفقة عند حاجتهما أكثر ، ولهذا يلزمه نفقتهما وإن كانا قادرين على الكسب ، لأن معنى الأذى في الكد والتعب أكثر منه في التأفيف ، وقال عليه السلام : «**إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه ، وإن ولده من كسبه ، فكلوا من كسب أولادكم** »[(١)] .

م: (**وأما الأجداد والجدات ؛ فلأنهم من الآباء والأمهات ، ولهذا يقوم الجد مقام الأب عند عدمه ولأنهم سبب لإحيائه**) ش: أي عدم الأب م: (**فاستوجبوا**) ش: أي فاستحقوا م: (**عليه الإحياء**) ش: أي على الولد م: (**لأنهما بمنزلة الأبوين**) ش: في حياة الولد ، فاستحقوا على الناقلة كالأبوين م: (**وشرط الفقر**) ش: أي وشرط القدوري الفقر في قوله إذا كانوا فقراء م: (**لأنه**) ش: أي لأن الأب م: (**لو كان ذا مال ، فإيجاب نفقته في ماله أولى من إيجابها في مال غيره**) ش: قال عليه السلام : « كل من كد يمينك وعرق جبينك» م: (**ولا يمنع ذلك**) ش: أي وجوب النفقة على الأبوين م: (**باختلاف الدين لما تلونا**) ش: من النص ، وهو قوله تعالى : ﴿**وصاحبهما في الدنيا معروفًا**﴾ (الإسراء : الآية ٢٣) ، وبه قال مالك والشافعي .

م: (**ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا للزوجة**) ش: وفي عموم النسب روايتان ، ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا للزوجة . وفي بعض النسخ م: (**قال :لا تجب النفقة**) ش: أي قال القدوري : م: (**ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا للزوجة والأبوين ، والأجداد والجدات ، والولد ، وولد الولد ، أما الزوجة فلما ذكرنا أنها**) ش: أي النفقة م: (**واجبة لها بالعقد لاحتباسها لحق له**) ش: أي للرجل . وقوله م: (**مقصود**) ش: بالجر صفة لقوله : بحق ، وهو الاستمتاع بها بالوطء وغيره .

---

(١) رواه أبو داود ، في البيوع « باب الرجل يأخذ من مال ولده » (١٣٨٢) ، والنسائي (٤١٤٥) ، والترمذي في الأحكام (١٣٨٢) من طريق عمارة بن عمير عن عمته عن عائشة -رضي الله عنها- وحسنه الترمذي . وعمة عمارة لم أقف عليها ، فالله أعلم بحالها . وصححه العلامة الألباني ، انظر صحيح ابن ماجة (٢١٣٧) .

وهذا لا يتعلق باتحاد الملة . وأما غيرها ، فلأن الجزئية ثابتة ، وجزء المرء في معنى نفسه ، فكما لا يمنع نفقة نفسه بكفره لا يمنع نفقة جزئه ، إلا أنهم إذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم . وإن كانوا مستأمنين لأنا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين . ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم ، وكذا لا تجب على المسلم نفقة أخيه النصراني ؛ لأن النفقة متعلقة بالإرث بالنص ، بخلاف العتق عند الملك ؛ لأنه

م: (**وهذا**) ش: أي المعنى المذكور م: (**لا يتعلق باتحاد الملة**) ش: بين الزوجين م: (**وأما غيرها**) ش: أي غير الزوجة من المذكورين م: (**فلأن الجزئية ثابتة**) ش: أما في حق الولد فظاهر ، وفي حق غيره لشمول الولاد إياهم م: (**وجزء المرء في معنى نفسه ، فكما لا يمنع نفقة نفسه بكفره ، لا يمنع نفقة جزئه**) ش: الذي هو الولد بكفره . وكذا حكم أولاد البنين والبنات ، والأجداد والجدات ، من قبل الأب والأم ، بمنزلة الابوين لأن الولاد يشملهم جميعًا .

م: (**إلا أنهم**) ش: أي غير أن هؤلاء م: (**إذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم ، وإن كانوا مستأمنين**) ش: أي وإن كانوا خرجوا إلى دار الإسلام بأمان م: (**لأنا نهينا**) ش: على صيغة المجهول م: (**عن البر**) ش: أي عن الإحسان والصلة م: (**في حق من يقاتلنا في الدين**) ش: لقوله تعالى : ﴿ **لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين . إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على إخراجكم أن تولوهم ومن يتولهم فأولئك هم الظالمون**﴾ (الممتحنة : الآية ٨ ، ٩) .

م: (**ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم ، وكذا لا تجب على المسلم نفقة أخيه النصراني**) ش: هذا تفريع لقوله : ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين؛ بيانه أن النفقة في غير الزوجة ، وغير صورة الولادة ورثة على الإرث ، وهو معنى قوله : م: (**لأن النفقة متعلقة بالإرث بالنص**) ش: وهو قوله تعالى : ﴿ **وعلى الوارث مثل ذلك** ﴾ (البقرة : الآية ٢٣٣) ، ولا إرث بين المسلم والذمي ، فلا تجب نفقة أحدهما على الآخر ، م: (**بخلاف العتق عند الملك**) ش: أي بخلاف ما إذا ملك أحدهما الآخر حيث يعتق عليه ؛ لأن العتق مرتب على ملك القريب المحرم ، وقد وجد فيعتق . قال عليه السلام : «**من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه**» [1] م: (**لأنه**) ش: أي لأن وجوب النفقة

---

(١) أخرجه الترمذي في « باب ما جاء فيمن ملك ذا رحم محرم » (١٣٩٠) من طريق ضمرة بن ربيعة عن سفيان الثوري عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر ، مرفوعاً ، ثم قال : لم يتابع ضمرة على هذا الحديث وهو خطأ عند أهل الحديث ، وقال النسائي : هذا حديث منكر ، وقال البيهقي : إنه وهم فاحش ، والمحفوظ بهذا الإسناد حديث النهي عن بيع الولاء وعن هبته ، ضمرة بن ربيعة لم يحتج به صاحبا الصحيح ، وقال المنذري : وقد حصل له في هذا الحديث وهم ، والله أعلم .

قلت : فالحديث بهذا اللفظ لا يصح وليس بمحفوظ ، والله أعلم .

متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث، ولأن القرابة موجبة للصلة، ومع الاتفاق في الدين آكد، ودوام ملك اليمين أعلى في القطيعة من حرمان النفقة، فاعتبرنا في الأعلى أصل العلة، وفي الأدنى العلة المؤكدة، فلهذا افترقا.

م: (**متعلق بالقربة والمحرمية بالحديث**) ش: وهو الذي ذكرناه .

وقد رواه النسائي من حديث عبد الله بن دينار عن ابن عمر - رضي الله عنه- قال : قال رسول الله ﷺ : « **من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه** » وفيه كلام كثير نذكره في كتاب العتق إن شاء الله تعالى . وروى أصحاب السنن الأربعة من حديث الحسن عن سمرة -رضي الله تعالى عنه- ، عن النبي ﷺ قال : « **من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر** »(١).

م: (**ولأن القرابة موجبة للصلة**) ش: لذوي رحم م: (**ومع الاتفاق في الدين**) ش: يعني إذا كانا مسلمين م: (آكد) ش: من ايجاب الصلة مع الاختلاف في الدين م: (**ودوام ملك اليمين أعلى في القطيعة من حرمان النفقة**) ش: حاصل معناه أن قطع ذات الرحم في بقاء ملك اليمين أعلى وأكثر من قطع الرحم الحاصل من حرمان النفقة م: (**فاعتبرنا في الأعلى**) ش: وهو ملك اليمين م: (**أصل العلة**) ش: وهو نفس ملك القريب لقوة معنى قطع الرحم ، حتى عتق القريب المملوك سواء وجد الاتحاد في الملة أو لم يوجد .

م: (**وفي الأدنى**) ش: أي اعتبرنا في الأدنى ، وهو النفقة م: (**العلة المؤكدة**) ش: وهي القرابة مع الاتحاد في الملة م: (**فلهذا**) ش: أي فلأجل كون حرمان النفقة أضعف من قطع الرحم م: (**افترقا**) ش: أي العتق ووجوب النفقة . فإن قلت : حرمان النفقة قد يفضي إلى الهلاك ، ودوام ملك اليمين ليس كذلك فكيف يكون أعلى ؟ ولأن الإنفاق صلة إحياء حقيقة ، وصلة العتق صلة إحياء حكمًا ، ولا شك أن الإحياء الحقيقي أولى . قلت : الحاجة الى النفقة معذورة الدفع عن غيره ، بأن يسأل الناس أو يبره أحد من غير سؤال ، فإن الهلاك جوعًا في العمران مع

---

(١) رواه أبو داود في « العتق باب فيمن ملك ذا رحم محرم » (٣٩٤٩) والترمذي في « باب ما جاء فيمن ملك ذا رحم محرم » (٣٨٩) وابن ماجة (٢٥٢٤) من طريق حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ .

قلت : والصواب أنه مرسل عن الحسن عن النبي ﷺ ؛ لأن شعبة رواه عن الحسن مرسلاً . وخالف فيه حماد فهو أحفظ منه وحماد قد شك في هذا الحديث ، قال الترمذي : وسألت محمد بن إسماعيل عن هذا الحديث فلم يعرفه عن الحسن عن سمرة ولا من حديث حماد .

قلت : وكأن البخاري يستنكره ، وقال ابن المديني : هذا عندي منكر .

قلت : وكفى بالبخاري وشيخه ابن المديني تضعيفاً لهذا الحديث وعلى فرض ثبوت الإسناد الأول فإنه ضعيف لعنعنة قتادة والحسن وهما مدلسان ، فضلاً عن الخلاف في سماع الحسن من سمرة . فالحديث ضعيف ، والله أعلم .

ولا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد ؛ لأن لهما تأويلاً في مال الولد بالنص، ولا تأويل لهما في مال غيره . ولأنه أقرب الناس إليهما ، فكان أولى باستحقاق نفقتهما عليه ، وهي على الذكور والإناث بالسوية، في ظاهر الرواية ، وهو الصحيح ؛

توافر أصحاب الزكاة والصدقات والمعروف نادر . وأما الحاجة إلى الآفاق ، فإنها لا تندفع إلا من حاجة .

م: (**ولا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد**) ش: بالرفع لأنه فاعل لا يشارك ، والولد بالنصب مفعوله ، يعني إن كان الأبوان معسرين والولد موسر تجب نفقتهما عليه خاصة م: (**لأن لهما**) ش: أي الأبوين م: (**تأويلاً في مال الولد بالنص**) ش: وهو قوله ﷺ : «**أنت ومالك لأبيك**»[1] . رواه جماعة من الصحابة ، وسيأتي إن شاء الله تعالى في الباب الذي يوجب الحد م: (**ولا تأويل لهما**) ش: أي للأبوين م: (**في مال غيره**) ش: أي في غير مال الولد . فإن قلت : التأويل يثبت بخبر الواحد ، فلا يعارض قوله عز وجل : ﴿ **وعلى الوارث مثل ذلك** ﴾ (البقرة : الآية ٢٣٣) ، **قلت** : الحديث مشهور ، فيجوز به الزيادة . ولئن سلمنا أنه من الآحاد لكن ترك إطلاق قوله تعالى : ﴿**وعلى الوارث مثل ذلك**﴾ (البقرة : الآية ٢٣٣) ، بالدلائل الدالة على تفسيرها بغير قرابة الولادة المستندة إلى قوله تعالى : ﴿ **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن** ﴾ (البقرة : الآية ٢٣٣) ، كما تقدم . فإن قلت : لا منافاة بين الآيتين ؛ لأن قوله تعالى : ﴿ **وعلى المولود له رزقهن** ﴾ (البقرة : الآية ٢٣٣) ، يقتضي أن يشارك الجد الابن ، كما أن قوله تعالى : ﴿ **وعلى الوارث مثل ذلك** ﴾ (البقرة : الآية ٢٣٣) يقتضيه ، قلت : لما ثبت للوالد بتأويل في مال الولد بالإجماع صار غنيًا ، والغني لا تجب نفقته على والده ، فلا يشارك الجد الابن .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن الولد . م : (**أقرب الناس إليهما**) ش: أي إلى الأبوين م: (**فكان أولى باستحقاق نفقتهما عليه**) ش: أي على الولد م: (**وهي**) ش: أي نفقة الأبوين م: (**على الذكور والإناث بالسوية**) ش: حتى إذا كان الأب فقيراً أو له ابن وبنت موسران ، تجب نفقة الأب عليهما اتصافًا، وقيد بقوله : م: (**في ظاهر الرواية وهو الصحيح**) ش: احترازاً عما ذكر شمس الأئمة السرخسي في «شرح الكافي » عن الحسن عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أن النفقة بين الذكور

---

(١) قال الهيثمي في المجمع (٤/ ١٥٤): رواه أبو يعلى، وفيه أبو حريز، وثقه أبو زرعة وأبو حاتم وابن حبان، وضعفه أحمد وغيره ، وأورده من حديث ابن عمر ، ثم قال : رواه البزار ، والطبراني في الكبير والأوسط ، وفيه ميمون بن يزيد ، لينه أبو حاتم ، ووهب بن يحيى بن زمام لم أجد من ترجمه ، وبقية رجاله ثقات . وأورده من حديث عمر ثم قال : رواه البزار وسعيد بن المسيب لم يسمع من عمر .

قلت : بل أثبت أحمد سماعه من عمر ، وأورده عن جماعة من الصحابة بأسانيد مختلفة وبعضها يقوي بعضاً ، والله أعلم .

لأن المعنى يشملهما. والنفقة لكل ذي رحم محرم إذا كان صغيراً فقيراً، أو كانت امرأة بالغة فقيرة، أو كان ذكراً بالغاً فقيراً زمناً، أو أعمى؛ لأن الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة، والفاصل أن يكون ذا رحم محرم. وقد قال الله تعالى: ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ (البقرة : ٢٣٣)، وفي قراءة عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه - :(وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك » .

والإناث ﴿ **للذكر مثل حظ الأنثيين** ﴾ (النساء : الآية ١١)، على قياس الميراث وعلى قياس نفقة ذوي الأرحام م: (**لأن المعنى يشملهما**) ش: المعنى هو الولادة، وهو سبب الوجوب، وقد استوى الذكر والأنثى بخلاف ما إذا كان للمعسر أخ وأخت حيث يجب نفقته عليهما أثلاثًا لأن سبب الوجوب الإرث، فيجب أثلاثًا كالإرث .

م: (**والنفقة**) ش: أي النفقة واجبة م: (**لكل ذي رحم محرم**) ش: وقال أحمد: تجب لكل وارث. وبه قال ابن أبي ليلى، وقال الشافعي: لا تجب نفقة غير الوالدين والمولودين من الأقارب، كالإخوة والأعمام وذوي الرحم المحرم، وهو الذي لا يجوز نكاحه على التأبيد، وإنما قيد بذي الرحم المحرم، لأنه إذا وجد الرحم ولم يوجد المحرم، أو وجد المحرم ولم يوجد الرحم، أو وجد لكن لا من قرابة، لا تجب النفقة. ألا ترى إلى ما ذكر الإمام الأسبيجابي في «شرح الطحاوي» بقوله : ولو كان رحمًا غير محرم نحو ابن العم أو محرمًا غير رحم نحو الأخ من الرضاع أو الأخت من الرضاع، أو رحمًا محرمًا لا من قرابة نحو ابن عم، هو الأخ من الرضاع لا تجب النفقة .

م: (**إذا كان**) ش: أي ذو رحم محرم م: (**صغيراً فقيراً**) ش: قيد بالصغر والفقر لأن الصغير الفقير عاجز عن الكسب والغني تجب نفقته في ماله م: (**أو كانت امرأة بالغة فقيرة أو كان**) ش: أي ذو رحم محرم م: (**ذكراً بالغًا فقيراً أو زمنًا أو أعمى**) ش: فقيراً تجب النفقة لهم لعجزهم عن الكسب، وكذلك مفقود العينين، وأشل اليدين، ومقطوع الرجلين، والمعتوه، والمفلوج م:(**لأن الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة**) ش: أي لا يجب في القرابة البعيدة.

م: (**والفاصل**) ش: أي بين القريبة والبعيدة م: (**أن يكون ذا رحم محرم**) ش: والدليل عليه هو ما أشار إليه بقوله م: (**وقد قال الله تعالى :﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾**) (**البقرة : الآية ٢٣٣**)) ش: فإن ذلك إشارة إلى البعيدة، فيكون إشارة إلى أول الآية وهو قوله تعالى ﴿ **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن** ﴾ (البقرة : الآية ٢٣٣)، قيد على أن على الوارث النفقة وبعيدة ذي الرحم المحرم بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنه أشار إليه بقوله م: (**وفي قراءة عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه- : وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك**) ش: ولا شك أن قراءته كانت مسموعة من النبي ﷺ، وقراءته مشهورة، فصارت بمنزلة خبر مشهور على ما عرف، فجاز

ثم لا بد من وجود الحاجة ، والصغر ، والأنوثة والزمانة ، والعمى أمارة الحاجة لتحقق العجز . فإن القادر على الكسب غني بكسبه ، بخلاف الأبوين ، لأنه يلحقهما تعب الكسب . والولد مأمور بدفع الضرر عنهما ، فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب . قال : ويجب ذلك على مقدار الميراث ، ويجبر عليه ، لأن التنصيص على الوارث ، تنبيه على اعتبار المقدار ، ولأن الغرم بالغنم ، والجبر لإيفاء حق مستحق . قال : وتجب نفقة الابنة البالغة ، والابن الزمن البالغ ، على أبويهما أثلاثاً ، على الأب الثلثان ، وعلى الأم الثلث ؛ لأن الميراث لهما على هذا المقدار .

تقييد إطلاق الكتاب بها .

م: (**ثم لا بد من وجود الحاجة**) ش: أي ثم لا بد من وجوب النفقة وبين ذلك بقوله م: (**والصغر والأنوثة ، والزمانة والعمى أمارة الحاجة لتحقق العجز**) ش: أي علامة العجز من أصحاب هذه الأشياء المذكورة م: (**فإن القادر على الكسب غني بكسبه**) ش: فلا يعد عاجزاً م: (**بخلاف الأبوين**) ش: هذا جواب عما يقال ما بال الأبوين لم يعدا غنيين بقدرتهما على الكسب ، وأجاب بقوله بخلاف الأبوين ، (**لأنه يلحقهما تعب الكسب والولد مأمور بدفع الضرر عنهما ، فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب**) ش: وذكر السرخسي في « شرح أدب القاضي » للخصاف ، أن الأب إذا كان كسوبًا ، والابن أيضًا كسوبًا ، يجبر الابن على الكسب والنفقة عليه . وقال الحلواني في شرحه له أيضًا : لا يجبر الابن على الكسب ، واعتبره بذي الرحم المحرم ، فإنه لا يستحق النفقة في كسب قريبه ، وفي ظاهر الرواية في نفقة الوالدين ، فإنهما لا يكافآن بالكسب عندنا خلافًا للشافعي .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ويجب ذلك**) ش: أي النفقة م: (**على مقدار الميراث ويجبر عليه**) ش: أي على الإنفاق م: (**لأن التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار**) ش: أي لأن التنصيص عليه بقوله تعالى ﴿ **وعلى الوارث مثل ذلك** ﴾ (**البقرة : الآية ٢٣٣**) ، تنبيه على أن الشارع نبه على مقدار ذلك ، لأنه رتب الحكم على المشتق ، فيكون المشتق منه هو العلة ، فيثبت الحكم بقدر [المنصوص] عليه . وعلى هذا لو أوصى لورثة فلان ، وله بنون وبنات ، فكانت الوصية لهم على قدر الميراث .

م: (**ولأن الغرم بالغنم**) ش: بضم الغين المعجمة فيهما ، أي الغرم الذي هو الإنفاق في مقابلة الغنم الذي هو الميراث م: (**والجبر**) ش: أي الجبر على الإنفاق م: (**لإيفاء حق مستحق**) ش: أي لأجل إيفاء حق مستحق عليه ، فيستحقه من ينفق عليه .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وتجب نفقة الابنة البالغة ، والابن الزمن البالغ ، على أبويهما أثلاثًا ، على الأب الثلثان ، على الأم الثلث ؛ لأن الميراث لهما على هذا المقدار**) ش: إذا ورثا ولدهما .

قال: هذا الذي ذكره رواية الخصاف والحسن - رحمهما الله - ، وفي ظاهر الرواية كل النفقة على الأب ، لقوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ﴾ (البقرة : الآية ٢٣٣) ، وصار كالولد الصغير . ووجه الفرق على الرواية الأولى ، أنه اجتمعت للأب في الصغير ولاية ومؤنة عليه حتى وجبت عليه صدقة فطره ، فاختص بنفقته ، ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه ، فتشاركه الأم . وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير على الأم ، والجد ، أثلاثاً . ونفقة الأخ المعسر على الأخوات المتفرقات الموسرات أخماساً على قدر الميراث .

م: (**قال**) ش: أي المصنف م: (**هذا الذي ذكره**) ش: أي القدوري م: (**رواية الخصاف والحسن**) ش: أي عن أبي يوسف عن أبي حنيفة وبه قال الشافعي م: (**وفي ظاهر الرواية ، كل النفقة على الأب لقوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ﴾ (البقرة : الآية ٢٣٣) وصار كالولد الصغير**) ش: أضاف إليه بحرف اللام فدل على اختصاصه بهذه النسبة والنفقة تبنى على هذه النسبة .

م: (**ووجه الفرق**) ش: أي وجه الفرق بين الولد الصغير والكبير م: (**على الرواية الأولى ، أنه اجتمعت للأب في الصغير ولاية ومؤنة عليه حتى وجبت عليه صدقة فطره ، فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير**) ش: أي الولد الكبير م: (**لانعدام الولاية فيه**) ش: أي لا ولاية له عليه ، ولهذا لم يشارك الأب في نفقة ولده الصغير م: (**فتشاركه الأم**) ش: في نفقة الكبير ، فوجب الثلثان على الأب ، والثلث على الأم .

م: (**وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث**) ش: يعني رواية واحدة م: (**حتى تكون نفقة الصغير على الأم والجد أثلاثًا**) ش: على الأم الثلث وعلى الجد الثلثان . قال في «شرح الطحاوي»: وكذلك إذا كان له أم ، وأخ لأب ، وأم أو ابن أخ لأب ، وأم أو عم لأب ، وأم أو أحد من الفصيلة ، فإن النفقة عليهم أثلاثًا . وكذا إذا كان له أخ وأخت لأب وأم ، فالنفقة عليهما أثلاثًا على قدر ميراثهما . ولو كان له أخ لأب وأم وأخ لأب فالنفقة بينهما أسداسًا ، ولو كان له عمة لأب وأم ، فالنفقة على الأم دون العمة ، وكذلك ، ولو كان له عمة لأب ، وأم وخال لأب وأم ، فالنفقة على العم . ولو كان له عمة لأب وأم وخال لأب وأم ، فالنفقة عليهما أثلاثًا ، ثلثاها على العمة وثلثها على الخال . وكذلك لو كان له خال وخالة من قبل الأب والأم ، فالنفقة عليهما أثلاثًا ، ولو كان له خال من قبل الأب والأم وابن عم لأب وأم ، فالنفقة على الخال ، والميراث لابن العم ، لأن شرط وجوب النفقة أن يكون ذو الرحم المحرم من أهل الميراث ، وابن العم ليس بمحرم م: (**ونفقة الأخ المعسر على الأخوات المتفرقات الموسرات أخماسًا على قدر الميراث**) ش: يعني يجب ثلاثة الأخماس على الأخت لأب وأم ، والخمس على الأخت لأب، والخمس على الأخت لأم ، وذلك لأن النفقة معتبرة بالإرث ، فإنهن يرثنه كذلك أخماسًا بالفرض والرد فوجب النفقة أيضًا أخماسًا .

غيـر أن المعتبـر أهلية الإرث في الجـملة لا إحرازه ، فأن المعـسـر إذا كان لـه خال وابن عم ، تكون نفقتـه على خاله ، وميـراثه يحرزه ابن عمه . ولا تجب نفـقتهم مع اخـتلاف الدين بالنص لبطلان أهلية الإرث ، فـلا بد من اعتباره و لا تجب على الفـقير ؛ لأنهـا تجب صلة ، وهو يستحقـها على غيره ، فكيف تستحق عليه ؟بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير ؛لأن التزامها بالإقدام على العقد، إذ المصالح لا تنتظم دونها ، ولا يعمل في مثلها الإعسار.

م: (**غير أن المعتبر**) ش: استثناء من قوله ، وفي غير الولد يعتبر على قدر الميراث في ذلك م: (**أهلية الإرث في الجملة**) .

ش: قال الأكمل : والمراد بأهلية الإرث أن لا يكون محرومًا ، وقال الكاكي : وقيد الأرث بقوله : إن المعتبر أهلية الإرث ، لأنه لو لم يكن أهلاً للإرث بأن كان مخالفًا لدينه ، لا تجب النفقة م: (**لا إحـرازه**) ش: أي لا يعتبر إحراز الإرث كما في الخال مع ابن العم . فإن الخال لا يحرز الميـراث مع ابن العم ، ومع ذلك كانت النفقـة على الخال ، والميراث لابن العم . وقـال أحمـد والظاهرية : والمعتبر إحراز الميراث .

وأوضح ذلك المصنف بالفاء التفسيرية ، حيث قال م: (**فإن المعسـر إذا كان له خال وابن عم ، تكون نفقتـه على خاله ، وميراثه يحـرزه ابن عمه**) ش: لأن الخال ذو رحـم محـرم ، دون ابن العم م: (**ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين**) ش: هذا لفظ القدوري ، أي لا تجب نفقة ذو الرحم المحرم مع اختلاف الدين ، لأن الاختلاف لا يجري الإرث ، فلا تجب النفقة أيضًا لأنها متعلقة بالإرث م: (**بالنص لبطلان أهليـة الإرث**) ش: يعني عند اختلاف الدين م: (**فلا بـد من اعتـباره**) ش: أي من اعتبار الإرث لوجوب النفقة .

م: (**ولا تجب**) ش: أي النفقة م: (**على الفقير لأنها**) ش: أي لأن النفقة م: (**تجب صلة وهو**) ش: أي الفقير م: (**يستحـقها**) ش: أي يستحق الصلة م: (**على غـيره فكيف تسـتحق**) ش: على صيغة المجهول ، أي فكيف تستحق النفقة م: (**عليه**) ش: لأن إيجابها عليه ليس بأولى من إيجابها له ، فلهذا لم يجب عليه م: (**بخلاف نفقة الزوجة**) ش: حيث تجب على زوجها الفقير م: (**وولده الصغير**) ش: أي وبخلاف ولده الصغير ، حيث تجب نفقته على أبيه الفقير م: (**لأن**) ش: أي لأن الفقير م: (**التزامها**) ش: أي التزم النفقة م: (**بالإقدام على العقد**) ش: أي على عقد النكاح م: (**إذ المصالح**) ش: يعني من النكاح وهي التوالد والتناسل والعشرة وغير ذلك م: (**لا تنتظم دونها**) ش: أي دون النفقة م: (**ولا يعمل في مثلها الإعسار**) ش: أي من قبل نفقة الزوجة وولده الصغير ، يعني لا يلتفت إلى الإعسار في نفقتها . وأصل الكلام، أن نفقة الزوجة وولده الصغير يعني لا يلتفت إلى الإعسار في نفقتها ، وأصل الكلام ، أن نفقة الزوجة تجري مجرى الديون بدلالة وجوبها مع يسار المرأة ، كسائر الديون. وأما نفقة ولده الصغير ، فلأنها جارية مجرى نفقة الزوجة ، بدلالة

ثم اليسـار مقدر بالنصـاب ، فيمـا روي عن أبي يوسف وعن محـمـد-رحمـه الله - أنه قدره بما يفضل عن نفقة نفسه وعياله شهـراً ، أو بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم كل يوم ؛ لأن المعتبر في حقوق العباد ، إنما هو القدرة دون النصاب ، فإنه لـلتيسير والفتوى على الأول ، لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة . وإذا كان للابن الغائب مال قضي فيه بنفقة أبويه ، وقد بينا الوجه فيه .

قوله عليه السلام: «**خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف** ». وقال في «شرح الكافي» فإن كان الولد معسراً ، فليس عليه نفقتهما ، لأنهما لما استويا في الحال ، لم يكن أحدهما بإيجاب نفقته على صاحـبه بأولى من الآخر إلا أنه روي عن أبي يوسف أنه قال: إذا كـان الأب زمنًا ، وكسب الأب لا يفضل عن نفقته ، فعليه أن يضم الأب إلى نفسه ، لأنه لو لم يفعل ، ضاع الأب ، ولو فعل لا يخشى الهلاك على الولد ، فالإنسان لا يهلك على نصف بطنه .

م: (**ثم اليسار**) ش: أي المراد باليسار في هذا الباب م: (**مقدر بالنصاب فيما روي عن أبي يوسف**) ش: رواها ابن سماعة عن أبي يوسف أنه اعتبر اليسار بنصاب الزكاة م: (**وعن محمد**) ش: رواها عنه هشام م: (**أنه قدره**) ش: أي قدر اليسار م: (**بما يفضل عن نفقة نفسه وعياله شهراً**) ش: يعني إذا كان له فضل على نفقة شهر له أو لعياله ، فإنه يجب عليه نفقة ذوي الرحم المحرم ، وإلا فلا ، أو يفضل عن ذلك هذه رواية أخرى عن محمد أو قدره محمد م: (**بما يفضل على ذلك**) ش: عن نفقته ونفقة عياله م: (**من كسبه الدائم كل يوم**) ش: يعني إذا كان معتملاً .

وقال صاحب «التحفة» : وروي عن محمد أن من لا شيء في يده من المال وهو يكسب كل يوم درهمًا ، فإنه يكفيه أربعة دوانق ثمانية ترفع لنفسه ولعياله ما يتسع فيه وينفق فضل على ما يجبر على نفقته .

م: (**لأن المعتبر في حقوق العباد إنما هو القدرة**) ش: على شيء م: (**دون النصاب**) ش: أي دون القدرة على النصاب م: (**فإنه**) ش: أي فإن اعتبار القدرة م: (**للتيسير**) ش: أي بحسب ما تيسر له بخلاف النصاب فإنه في حق الله تعالى ، لا يعتبر فيه إلا القدرة على النصاب الكامل م: (**والفتوى على الأول**) ش: وهو اليسار مقدار النصاب .

م: (**لكن النصاب**) ش: أي المراد من النصاب هنا م: (**نصاب حرمان الصدقة**) ش: من أي مال كـان ، وهو أن يملك ما فـضل عن حـاجتـه الأصلية ما يبلغ مـائتي درهم من أي مـال كـان ، وهو الصحيح ، ونقل في « خلاصة الفتاوى» عن «الأجناس» قال في «نوادر» أبي يوسف : يشترط نصاب الزكاة ، ثم قال في «الخلاصة » : هكذا قال الصدر الشهيد في «الفتاوى الصغرى» : **أن لو** انقضى منه درهـم ، لا يجب ، ثم قـال في «الخلاصة » قال : وبه يفتى . وقدر صاحب «الهداية» أيضًا ، اليسار بالنصاب ، لكن فسره بنصاب الزكاة وحرمان الصدقة كما ذكرنا .

م: (**وإذا كان للابن الغائب مال، قضي فيه بنفقة أبويه، وقد بينا الوجه فيه**) ش: أي بينا وجه المسألة

وإذا باع أبوه متاعه في نفقته جاز ، عند أبي حنيفة -رحمه الله- ، وهذا استحسان . وإن باع العقار ، لم يجز . وفي قولهما لا يجوز في ذلك كله ، وهو القياس ؛لأنه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ . ولهذا لا يملك حال حضرته ، ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة ، وكذا لا تملك الأم في النفقة .ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن للأب ولاية الحفظ في مال ابنه الغائب ،

في القضاء في نفقة الغائب عند قوله ، ولا يقضى بنفقته في مال الغائب إلا لهؤلاء ، وللزوجة أن نفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء ، لكونها متفقًا عليها ، فكان قضاء القاضي إعانة لهم ، وقد مر الكلام فيه .

م: **(وإذا باع أبوه متاعه)** ش: أي متاع ابنه الغائب م: **(في نفقته جاز ، عند أبي حنيفة ، وهذا استحسان)** ش: وعندهما لا يجوز ، وفي « الكافي» : هذا الخلاف في بيع الأب . أما بيع غير الأب ، لا يجوز إجماعًا ، وفي حال حضرة من يستحق عليه النفقة ، ليس لأحد ممن يستحق النفقة بيع العروض والعقار إجماعًا .

م: **(وإن باع)** ش: أي الأب م: **(العقار، لم يجز)** ش: إلا إذا كان الولد صغيرًا، فيبيع ذلك . وأجمعوا أن الأم لا تبيع مال ولدها الصغير والكبير . كذا في« شرح الطحاوي» م: **(وفي قولهما)** ش: أي وفي قول أبي يوسف ومحمد م: **(لا يجوز في ذلك كله وهو القياس ؛ لأنه)** ش: أي لأن الأب م: **(لا ولاية له لانقطاعها)** ش: أي لانقطاع الولاية .

م: **(بالبلوغ)** ش: أي إذا بلغ الصغير م: **(ولهذا)** ش: أي ولأجل انقطاع ولايته بعد البلوغ م: **(لا يملك)** ش: الأب بيع مال ابنه البالغ م: **(حال حضرته ، ولا يملك البيع في دين له)** ش: أي الأب م: **(سوى النفقة)** ش: ولو قضى القاضي بذلك ، لا يجوز لأنه قضاء على الغائب .

م: **(وكذا لا تملك الأم)** ش: بيع متاعه م: **(في النفقة)** ش: وهذا مخالف لما ذكر في الأقضية ، ولما ذكره القدوري من جواز بيع الأبوين . فإما أن يكون في المسألة روايتان ، في رواية الأقضية والقدوري تملك الأم البيع كالأب ، لأن معنى الولادة يجمعهما وهما في استحقاق النفقة على السواء ، وأما ما في الأقضية والقدوري هؤلاء ، بأن الأب هو الذي يبيع ، لكن لنفقتها ، فأضاف البيع إليهما من حيث إن منفعة البيع تعود إليهما . قال الأكمل: وهو الظاهر ، قلت: الظاهر هو الأول على ما لا يخفى .

م: **(ولأبي حنيفة أن للأب ولاية الحفظ في مال ابنه الغائب)** ش: اعترض عليه بأنه كذلك ، لكن الغرض أن يتبعه لنفقته ، وإنما يصح بيعه أن لو كان قصده في البيع الحفظ ، أجيب بأنه لما جاز بيعه للحفظ حقيقة ، فبقصده الانفاق لا يتغير ملك الحقيقة ، إذ لا تأثير للعزيمة في تغيير الحقيقة ، لا يقال عارض جهة الحفظ جهة الإتلاف بالاتفاق ، لأنا نقول الإتلاف بعد وجوب النفقة في

ألا ترى أن للوصي ذلك ، فالأب أولى لوفور شفقته ، وبيع المنقول من باب الحفظ ، ولا كذلك العقار لأنها محصنة بنفسها .وبخلاف غير الأب من الأقارب ؛ لأنه لا ولاية لهم أصلاً في التصرف حالة الصغر ، ولا في الحفظ بعد الكبر . وإذا جاز بيع الأب والثمن من جنس حقه ، وهو النفقة ، فله الاستيفاء منه . كما لو باع العقار والمنقول على الصغير ، جاز لكمال الولاية ، ثم له أن يأخذ منه بنفقته لأنه من جنس حقه . وإن كان للابن الغائب مال في يد أبويه ، وأنفقا منه لم يضمنا ؛ لأنهما استوفيا حقهما؛ لأن نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر ، وقد أخذا جنس الحق . وإن كان له مال في يد أجنبي فأنفق عليهما بغير إذن القاضي ضمن ؛ لأنه تصرف في مال الغير بغير ولاية ، لأنه نائب في الحفظ لا غير،

الحال لا يجب فلا تعارض م: (**ألا ترى أن للوصي ذلك**) ش: أي بيع العروض على الوارث الكبير الغائب للحفظ م: (**فالأب أولى لوفور شفقته ، وبيع المنقول من باب الحفظ**) ش: لأن العين يخشى عليه الهلاك م: (**ولا كذلك العقار لأنها محصنة بنفسها**) ش: فلا يحتاج إلى بيعها للحفظ .

م: (**وبخلاف غير الأب من الأقارب ، لأنه لا ولاية لهم أصلاً في التصرف حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر ، وإذا جاز بيع الأب ، والثمن من جنس حقه ، وهو النفقة ، فله الاستيفاء منه**) ش: مقدار النفقة م: (**كما لو باع العقار، والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ، ثم له أن يأخذ منه بنفقته لأنه من جنس حقه**) ش: لا يقال إذا قدرت الدين على جنس حقه من مال الغائب ينبغي أن يأخذه؛ لأنا نقول إنما يأخذ رب الدين إذا امتنع المديون عن الإيفاء وهاهنا لم يعلم امتناعه لغيبته فلا يأخذ . م: (**وإن كان للابن الغائب مال في يد أبويه ، وأنفقا منه ، لم يضمنا ؛ لأنهما استوفيا حقهما؛ لأن نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر**) ش: أشار به إلى ما قال عند قوله ، ولا يقضى بالنفقة في مال الغائب إلا لهؤلاء م: (**وقد أخذا**) ش: أي الأبوان م: (**جنس الحق**) ش: فلا يضمنا شيئًا .

م: (**وإن كان له**) ش: أي الابن م: (**مال في يد أجنبي ، فأنفق**) ش: أي الأجنبي م: (**عليهما**) ش: أي على أبويه م: (**بغير إذن القاضي ضمن**) ش: أي الأجنبي م: (**لأنه تصرف في مال الغير بغير ولاية ؛ لأنه نائب في الحفظ لا غير**) ش: لأنه لا ولاية له عليه ، ولا نيابة ، حيث لم يكن وكيلاً عنه في الدفع . وقال الكاكي : بغير إذن القاضي ضمن أي في القضاء أما ديانة فلا ضمان عليه حتى كان له أن يحلف بعد موت المودع أنه لا حق لورثته قبله ، لأنه لم يدر بذلك غير الإصلاح .

وفي «النوادر » : إذا لم يكن في مكان يمكن استطلاع رأي القاضي لا يضمن استحسانًا . وقد قالوا في رجلين كانا في سفر فعمي أحدهما ، فأنفق رفيقه عليه من ماله ، أو مات فجهزه صاحبه من ماله ، لا يضمن استحسانًا ، وكذا العبد المأذون في التجارة إذا كان في بلاد بعيدة ، فمات مولاه ، فأنفق على نفسه وما معه من الأمتعة والدواب لا يضمن استحسانًا .

وكذا روي عن مشايخ أنهم قالوا : إذا كان للمسجد أوقاف ، ولم يكن له متولي، وقام

بخلاف ما إذا أمره القاضي؛ لأن أمره ملزم لعموم ولايته ، وإذا ضمن لا يرجع على القابض ، لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه كان متبرعاً به . وإذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الأرحام بالنفقة فمضت مدة سقطت ؛لأن نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة ،حتى لا تجب مع اليسار ، وقد حصلت بمضي المدة، بخلاف نفقة الزوجة ، إذا قضى بها القاضي لأنها تجب مع يسارها ، فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى . قال : إلا أن يأذن القاضي بالاستدانة عليه ؛ لأن القاضي له ولاية عامة ،فصار إذنه كأمر الغائب ، فيصير ديناً في ذمته ، فلا تسقط بمضي المدة ، والله تعالى أعلم بالصواب .

رجل من أهل المحلة في جمع ربع الأوقاف لينفق على مصالح المسجد بما يحتاج إليه من شراء الزيت والحصير لا يضمن .

م: (**بخلاف ما إذا أمره القاضي ؛ لأن أمره ملزم لعموم ولايته. وإذا ضمن**) ش: أي الأجنبي م: (**لا يرجع على القابض**) ش: وهو الأب والأم م: (**لأنه ملكه بالضمان**) ش: أي لأن الأجنبي ملك المدفوع بالضمان م: (**فظهر أنه كان متبرعًا به**) ش: أي بملك نفسه م: (**وإذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الأرحام بالنفقة ، فمضت مدة ، سقطت**) ش: أي النفقة ، وبه قال الشافعي وأحمد.

م: (**لأن نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار ، وقد حصلت بمضي المدة**) ش: أي كفاية الحاجة م: (**بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضي**) ش: حيث لا تسقط ، لأن نفقة المرأة جارية مجرى الديونم: (**لأنها تجب مع يسارها**) ش: أي مع يسار المرأة م: (**فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى**) ش: لما قلنا أنها كالدين ، فلا تسقط بمضي المدة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**إلا أن يأذن القاضي بالاستدانة عليه**) ش: هذا استثناء من قوله سقط ، أراد أن القاضي إذا أذن لهم في الاستدانة عليه ، فحينئذ لا تسقط نفقتهم بمضي المدة لأن ما أخذوه بإذن القاضي صار دينًا على الغائب ، فلم يسقط بعد ذلك كسائر الديون م: (**لأن القاضي له ولاية عامة ، فصار إذنه كأمر الغائب ، فيصير دينًا في ذمته ، فلا تسقط بمضي المدة**) ش: وقال الكاكي: قوله : لأن إذن القاضي بالاستدانة ، وإن كانت الاستدانة من نفقة ذوي الأرحام .

وذكر في زكاة الجامع ، أن نفقة المحارم تصير دينًا بالقضاء ، ويسقط ، واختلف المشايخ فيه ، قيل ما ذكر في «الجامع» إذا استدان المقضي له بالنفقة ، وأنفق كانت الحاجة قائمة مقام الدين. وما ذكر على غيره إذا أنفق من غيره إذا أنفق من استدانة ، بل أكل من الصدقة أو المسألة ، فلم تبق الحاجة بعد مضي المدة وإليه مال السرخسي في كتاب « النكاح » ، وقيل : ما ذكر في سائر الكتب ما إذا طالت المدة وما ذكره في الجامع الصغير ما قصرت المدة ، فإنه يصير دينًا بالقضاء وكيف لا يصير دينًا والقاضي مأمور بالقضاء ، ولو لم يصر دينًا ، لم يكن الأمر بالقضاء بالنفقة والفصل بين القليل والكثير بالشهر .

فصل

وعلى المولى أن ينفق على أمته وعبده ، لقوله عليه السلام في المماليك:« إنهم إخوانكم ، جعلهم الله تعالى تحت أيديكم ، أطعموهم مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون ، ولا تعذبوا عباد الله» فإن امتنع ، وكان لهما كسب ، اكتسبا وأنفقا على أنفسهما ؛ لأن فيه نظراً للجانبين حتى يبقى المملوك حياً ، ويبقى فيه ملك المالك . وإن لم يكن لهما كسب بأن كان عبداً زمناً أو جارية لا يؤاجر مثلها، أجبر المولى على بيعهما ؛ لأنهما من أهل الإستحقاق ، وفي البيع إيفاء حقهما وإبقاء حق المولى بالخلف،

م : (فصل)

ش: جميع هذا الفصل بين نفقة الرقيق وغيره من الحيوانات وأخره عن الجميع وهو نفسه ظاهر م: **(وعلى المولى أن ينفق على أمته وعبده)** ش: هذا بإجماع العلماء إلا عامر الشعبي م: **(لقوله عليه السلام)** ش: أي لقول النبي ﷺ م: **(في المماليك : إنهم إخوانكم جعلهم الله تعالى تحت أيديكم ، أطعموهم مما تأكلون ، وألبسوهم مما تلبسون ، ولا تعذبوا عباد الله)**.

ش: هذا الحديث أخرجه البخاري عن أبي ذر الغفاري ، في حديث ، هذا الذي ذكره المصنف بعضه ، ولفظه : **«هم إخوانكم جعلهم الله تحت أيديكم ، فأطعموهم مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون ، ولا تكلفوهم ما يغلبهم ، فإن كلفتموهم شيئًا ، فأعينوهم»** . ولفظ : **«لا تعذبوا عباد الله»** في رواية أبي داود ، ولكن لفظه: **«ومن لا يلائمكم منه فبيعوه ولا تعذبوا خلق الله »** ، ثم المستحب أن يطعمه مما يأكل ويلبسه مما يلبس وحديث أبي ذر محمول على الاستحباب . وقال ابن شهاب : قوله عليه السلام : فليطعمه مما يأكل، خرج مخرج الغالب طعمتهم متساوية وكذا كسوتهم .

م: **(فإن امتنع)** ش: أي المولى عن الإنفاق على أمته وعبده م: **(وكان لهما)** ش: أي للأمة والعبد م: **(كسب ، اكتسبا وأنفقا على أنفسهما ؛ لأن فيه نظرًا للجانبين)** ش: جانب المولى وجانب الأمة والعبد م: **(حتى يبقى المملوك حيًا ، ويبقى فيه ملك المالك ، وإن لم يكن لهما كسب بأن كان عبداً زمنًا أو جارية لا يؤاجر مثلها. أجبر المولى على بيعهما لأنهما من أهل الاستحقاق ، وفي البيع إيفاء حقهما)** ش: الإيفاء مصدر من أوفى يوفي من الوفاء م: **(وإبقاء حق المولى)** ش: من أبقى يبقي إبقاء من البقاء م: **(بالخلف)** ش: وهو الثمن .

وفي «الذخيرة»: في ظاهر مذهب أصحابنا ، لا يجبر الإنسان على نفقة غير الرقيق، كالحيوانات وغيرها ، كالدور والعقار والزروع والثمار ، إلا أن يكره ، لأن فيه يضيع المال، وفيه رجل له عبد ومدبر أو أمة أو مدبرة أو أم ولد يجبر على نفقتهم ، فإن أبى فكل من يصح للإجارة يؤجر ، وينفق عليه من أجرته ومن لا منفعة به لعذر ، صغرًا أو كبرًا أو زمانة ، وما أشبه ذلك ، ففي العبد والأمة يجبر على بيعهما ، وفي المدبرة وأم الولد يجبر على الإنفاق عليهما وفي المكاتب

بخلاف نفقة الزوجة ؛لأنها تصير ديناً ، فكان تأخيراً على ما ذكرنا ، ونفقة المملوك لا تصير ديناً ، فكان إبطالاً . وبخلاف سائر الحيوانات ؛ لأنها ليست من أهل الاستحقاق ، فلا يجبر على نفقتها، إلا أنه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه عليه السلام نهى عن تعذيب الحيوان ، وفيه ذلك . ونهى عن إضاعة المال ، وفيه إضاعته . وعن أبي يوسف -رحمه الله - : أنه يجبر ، والأصح ما قلنا . والله أعلم .

والمكاتبة لا يجبر لالتحاقهم بالأحرار . عبد بين رجلين تنازعا فيه يجبران على نفقته وفي الدابة يجبران ولو طالب أحدهما من القاضي أن يأمره بالنفقة حتى لا يكون متطوعًا فالقاضي بقول الآخر الآتي، إما أن تبيع نصيبك من الدابة أو تنفق عليها رعاية لجانب الشريك ، هكذا ذكره الخصاف ، وذكر السرخسي أنه لا يجبر .

م: (**بخلاف نفقة الزوجة؛ لأنها تصير دينًا، فكان تأخيرًا على ما ذكرنا**) ش: أشار به إلى قوله: بخلاف نفقة الأزواج إذا قضى لها القاضي ، لأنها تجب مع يسارها ، فلا تسقط م: (**ونفقة المملوك لا تصير دينًا فكان إبطالاً**) ش: فيجبر على البيع م: (**وبخلاف سائر الحيوانات**) ش: حيث لا يجبر على الإنفاق عليها م: (**لأنها ليست من أهل الاستحقاق**) ش: إذ لا بد من القضاء والإحياء ومن المقضي عليه ، والعبد يصلح والحيوانات لا تصلح م: (**فلا يجبر على نفقتها إلا أنه يؤمر به**) ش: أي بالإنفاق م: (**فيما بينه وبين الله تعالى لأنه عليه السلام**) ش: أي لأن النبي ﷺ م: (**نهى عن تعذيب الحيوان**)[1] ش: وقد تقدم عن قريب ما رواه أبو داود : **لا تعذبوا خلق الله** ، وسنده : حدثنا عثمان بن أبي شيبة ، حدثنا جرير عن عمر عن معروف بن سويد به م: (**وفيه ذلك**) ش: أي وفي الامتناع عن إنفاق الحيوانات تعذيب الحيوان .

م: (ونهى عن إضاعة المال) ش: وهو ما رواه البخاري بإسناده إلى المغيرة قال : قال ﷺ « **إن الله حرم عليكم عقوق الأمهات ووأد البنات ومنع وهات ، وكره لكم قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المال ووأد البنات وهن أحياء**» م: (**وفيه إضاعته**) ش: وفي ترك الإنفاق على الحيوانات إضاعة .

م: (**وعن أبي يوسف : أنه يجبر**) ش: مالك الحيوانات على النفقة عليها ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد ، لأن فيه إضاعة المال وتعذيب الحيوان وهما منهيان م: (**والأصح ما قلنا**) ش: أي لا يجبر على إنفاق سائر الحيوانات ، لأنها ليست من أهل الاستحقاق .

فروع : عبد صغير في يد رجل ، فقال لغيره هذا عبدك أو وديعة عندي ، فأنكر يستحلف بالله ما أودعه ، ويقضي بنفقته على ذي اليد ، لأنه أقر برقه ، ولم يثبت لغيره ، فيبقى على حكم ملكه ، ولو كان كبيرًا لا يستحلف ، لأنه في يد نفسه ، والقول قوله في الرق والحرية والنفقة تجب

---

(١) رواه أبو داود في « الأدب في حق المماليك » (٥١٥٧) وفيه : «ولا تعذبوا خلق الله ». وإسناده صحيح .

على من له المتعة مالكًا كان أو غير مالك. مسألة: أوصى بجارية لإنسان وبما في بطنها لآخر فالنفقة على الموصي له بالجارية. ولو أوصى الإنسان بدار وبسكناها لآخر وهي تخرج من الثلث، فالنفقة على صاحب السكنى لأن المنفعة له. فإن قال صاحب السكنى: قد انهدمت الدار، أنا أبنيها وأسكنها، كان له ذلك، ولا يصير متبرعًا، لأنه يصير مضطراً فيه، لأنه لا يصل إلى حقه إلا به، كصاحب العلو مع صاحب السفل، وامتنع صاحبه من بنائه.

وكذا لو أوصى بنخل ولآخر بثمره، فالنفقة على صاحب الثمرة. وفي التبن والحنطة إن بقي شيء من ثلث ماله، فالتخليص في ذلك على صاحب المال، وإن لم يبق، فالتخليص عليهما، لأن المنفعة لهما. وفي السمسم أوصى بدهنه لواحد وبشجره لآخر، فالنفقة على صاحب الدهن.

عن محمد ذبح شاة وأوصى بلحمها لواحد وبجلدها لآخر، فالتخليص عليهما كالحنطة والتين. وقيل أجرة الذبح على صاحب اللحم دون الجلد. وفي «التنبيه»: ينبغي أن تجب نفقة المبيع قبل القبض على المشتري. والصحيح أن نفقته على البائع ما دام في يده. وفي «المغني»: لا يجبر العبد على الضريبة. وكان كثير من الصحابة -رضي الله تعالى عنهم-، يضربون الضراب على رقيقهم. روي أنه كان ألف مملوك للزبير على كل واحد منهم كل يوم درهم، والله أعلم بالصواب.

انتهى المجلد الخامس من تجزئة المحقق

يليه المجلد السادس أوله كتاب العتاق

* * *

فهرس محتويات

الجزء الخامس

من

البنايـة

شـرح الهدايـة



فهرس المحتويات

كتاب النكاح

كتاب الرضاع

كتاب الطلاق